

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ANDREIA DUARTE DA COSTA**



**MODIFICAÇÕES OBJETIVAS DO CONTRATO DE  
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NUM CENÁRIO DE  
CRISE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao âmbito do Mestrado Científico na área de Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Maria João Estorninho.

**2016**

Aos meus sobrinhos, Tiago e Diogo,  
Que me encham o coração de alegria.

## **Agradecimentos**

Chegada ao fim desta etapa, quero expressar o meu agradecimento à Senhora Professora Maria João Estorninho, pela disponibilidade para assumir a orientação da minha dissertação. Os seus conselhos e compreensão, quando a minha disponibilidade era tão pouca, foram fundamentais para levar esta investigação a bom porto.

Devo um especial agradecimento ao Dr. Rui Pena, que muito me tem ajudado, e muito me tem ensinado. A sua disponibilidade e contributo desde o primeiro dia foram essenciais.

De igual modo, devo um agradecimento especial à Dra. Mónica Carneiro Pacheco, pelo apoio que sempre me transmitiu e pela disponibilidade com que sempre me ouviu.

Um agradecimento, ainda, aos meus colegas da CMS – Rui Pena & Arnaut, em especial, das equipas de Direito Público e Energia e de Contencioso, que me têm acompanhado (e tantas vezes partilhado as minhas preocupações) ao longo de todo este percurso.

Num plano pessoal, não posso deixar de expressar o meu agradecimento à Maria Alexandra Estêvão, à Raquel Moreira Gomes, à Carolina Almeida Leite e à Rita Barros, que, em momentos diferentes, e por razões tão diferentes, me deram renovado ânimo e coragem para lutar pelos meus objetivos.

Por fim, mas não menos importante, deixo o meu derradeiro agradecimento aos meus pais, Lurdes e Miguel, e à minha irmã Cátia, pelo apoio e compreensão verdadeiramente incondicionais. Esta conquista é tanto minha quanto vossa.

## Resumo

Num cenário de crise económica e financeira, são vários os impactos que se podem fazer sentir sobre um contrato de concessão de serviços públicos.

Em especial, uma crise pode ser responsável pela degradação económica do concessionário e da sua capacidade de cumprir pontualmente o contrato, cuja execução fica em risco.

Cabe reagir, sendo a modificação objetiva do contrato uma das formas legalmente previstas de o fazer. Mas em que termos? Perante uma crise, como a que vivemos, em que termos podem as partes de um contrato de concessão de serviços públicos proceder a alterações ao seu conteúdo?

Como se demonstrará na presente dissertação, a resposta a esta questão está diretamente relacionada com os conceitos de risco e de imprevisão. Os efeitos de uma crise no contrato de concessão de serviços públicos são enquadráveis no âmbito do risco contratualmente assumido, designadamente, pelo concessionário? Ou resvalam para o domínio da imprevisão?

Onde os efeitos da crise possam subsumir-se no conceito de imprevisão, haverá que ponderar a possibilidade de modificação do contrato por aplicação de regimes como os da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* ou do caso de força maior. Quando se conclua, porém, que os efeitos da crise eram previsíveis, caindo no âmbito dos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos, nem assim estão esgotadas as possibilidades de modificação do contrato. Em especial num contexto de degradação da situação económica do concessionário e de eminência de incumprimento do contrato, faz sentido que as partes possam adotar medidas e providências com vista a evitar, ou pelo menos atenuar, tal efeito. E neste quadro, haverá que ponderar a possibilidade de modificação do contrato por razões de interesse público, seja por acordo, seja por via do exercício do poder de modificação unilateral que assiste ao concedente.

O presente dissertação visa, assim, ponderar as várias formas de modificação objetiva do contrato de concessão de serviços públicos possíveis num contexto de crise, equacionando alguns dos efeitos da crise do ponto de vista do preenchimento dos pressupostos de aplicação de institutos como o da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* e do caso de força maior, bem como o da modificação por razões de interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de concessão de serviços públicos, crise, risco, imprevisão, modificação objetiva.

## **Abstract**

In a scenario of economic and financial crisis, several impacts may be felt by the parties of a public service concession.

In particular, a crisis might be responsible for the economic degradation of the concessionaire and the consequent decrease of its capacity to promptly comply with the contract. The performance of the contract may be jeopardized.

One must react and the modification of the contract during its term is one of the solutions provided by law to achieve such intent. However, on what terms? Faced with a crisis, like the one we are facing right now, the parties of a public service concession may modify the contract on what terms?

As this dissertation will show, the answer to this question is directly related to the concepts of risk and uncertainty. Are the effects of the crisis included in the risk assumed by the concessionaire? Or do they drift towards uncertainty?

Where the effects of the crisis fall into the concept of uncertainty, the parties of a public services concession may consider the possibility of modifying the contract through the application of regimes such as: change of circumstances, *fait du prince* and force majeure. Notwithstanding, where the effects of the crisis are somehow predictable and fall into the concept of risk, the possibilities of modifying the contract are not exhausted. In particular in a scenario of worsening of the economic situation of the concessionaire and eminence of breach of contract, makes sense that the parties of the contract may adopt measures in order to avoid, or at least mitigate, such effect. In this scenario, the parties of a public services concession may consider the possibility of modifying the contract on grounds of public interest, through an agreement or through an administrative act issued under the power of unilateral amendment of administrative contracts.

Thereby, this dissertation intends to evaluate the various possibilities of modification of a public services concession in a scenario of crisis, considering

some of the effects of the crisis from the point of view of the conditions of application of the abovementioned regimes of change of circumstances, *fait du prince* and force majeure, as well as the regime of modification of the contract on grounds of public interest.

KEYWORDS: Public service concession, crisis, risk, uncertainty, modification of the contract object.

## **Siglas e Abreviaturas**

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CE – Código das Expropriações

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho

cfr. – conferir, confrontar

cit. – citado, citada

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

ed. – edição

*ibidem* – no mesmo lugar

*idem* – o mesmo

IMI – Imposto Municipal Sobre Imóveis

IRC – Imposto Sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas

IRS – Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

IVA – Imposto Sobre o Valor Acrescentado

LGTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

nº, nºs, num. – número, números

OPA – Oferta Pública de Aquisição

p., pp. – página, páginas

PFI – Private Finance Initiative

PPP – Parceria Público-Privada, Parcerias Público-Privadas

s., ss. – seguinte, seguintes

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

*Troika* – Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu

UE – União Europeia

v. – ver

v.g – verbi gratia, por exemplo

vol., vols. – volume, volumes



## Índice

<b>Agradecimentos.....</b>	<b>Página 3</b>
<b>Resumo.....</b>	<b>Página 4</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>Página 6</b>
<b>Siglas e Abreviaturas.....</b>	<b>Página 8</b>
<b>Capítulo I – Introdução.....</b>	<b>Página 11</b>
<b>Capítulo II – Evolução Histórica.....</b>	<b>Página 15</b>
1. Evolução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos no Direito Europeu.....	Página 15
2. Evolução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos no Direito Nacional.....	Página 26
<b>Capítulo III – O Contrato de Concessão de Serviços Públicos.....</b>	<b>Página 43</b>
1. Considerações Gerais.....	Página 43
2. Funções do Contrato de Concessão de Serviços Públicos.....	Página 47
3. Elementos Essenciais do Contrato de Concessão de Serviços Públicos.....	Página 49
3.1. Sujeitos.....	Página 49
3.2. Objeto.....	Página 51
3.3. Remuneração.....	Página 52
3.4. Transferência do Risco.....	Página 53
<b>Capítulo IV – O Risco, a Imprevisão e a Crise.....</b>	<b>Página 58</b>
1. Risco e Imprevisão.....	Página 58
2. Segue. Os Riscos Comummente Transferidos Para o Concessionário.....	Página 64
3. E uma Crise? Risco ou Imprevisão? .....	Página 70
3.1. A Crise. Breve Apresentação.....	Página 71
3.2. Impactos da Crise Sobre os Contratos de Concessão de Serviços Públicos.....	Página 76
<b>Capítulo V – A Crise Como Imprevisão.....</b>	<b>Página 82</b>
1. A Crise Como Alteração das Circunstâncias.....	Página 82
1.1. O Instituto da Alteração das Circunstâncias.....	Página 82

1.2. Pressupostos de Aplicação do Instituto da Alteração das Circunstâncias.....	Página 89
1.3. A Crise Como Alteração das Circunstâncias.....	Página 92
2. A Crise Como <i>Fait du Prince</i> .....	Página 102
3. A Crise Como Caso de Força Maior.....	Página 113
<b>Capítulo VI – A Crise Como Causa de Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público.....</b>	<b>Página 122</b>
1. A Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público.....	Página 122
2. Pressupostos da Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público.....	Página 127
3. Limites da Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público.....	Página 131
3.1. Os Limites Impostos pelo Artigo 313.º do CCP.....	Página 131
3.2. Os Limites Impostos pelo Direito Europeu dos Contratos Públicos.....	Página 136
4. A Crise Como Causa de Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público.....	Página 150
4.1. Considerações Gerais.....	Página 150
4.2. Dificuldades Associadas ao Interesse Público.....	Página 156
4.3. Dificuldades Associadas à Proteção da Concorrência.....	Página 159
4.4. Dificuldades Associadas à Partilha do Risco no Contrato.....	Página 165
4.5. A Modificação Possível.....	Página 167
<b>Capítulo VII – Conclusões.....</b>	<b>Página 172</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>Página 185</b>
<b>Jurisprudência Europeia.....</b>	<b>Página 196</b>
<b>Jurisprudência Nacional.....</b>	<b>Página 196</b>

## Capítulo I – Introdução

A presente investigação tem por objeto as modificações objetivas do contrato de concessão de serviços públicos num cenário de crise.

Instalada uma crise<sup>1</sup>, são vários os impactos que se podem fazer sentir sobre este contrato.

Entre os vários impactos que a crise pode ter, os mais significativos serão, porventura, os que se prendem com a recessão e com as dificuldades económicas e financeiras que esta suscita, quer para o concessionário, por norma um privado, quer para a própria Administração concedente. Em especial, a crise pode ser responsável pela degradação da situação económica do concessionário e da sua capacidade de cumprir pontualmente o contrato, cuja execução fica em risco.

Neste quadro, perante uma perturbação do contrato de concessão de serviços públicos causada pela crise (ou por algum dos efeitos que lhe estão associados), o primeiro impulso das partes será, naturalmente, o de procurar a modificação do contrato. Citando aqui ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *a ideia de crise contém elementos que bloqueiam a argumentação, como o tópico da inevitabilidade (necessidade) das soluções e o do carácter supremo da situação*<sup>2</sup>.

Porém, a modificação do contrato de concessão de serviços públicos, como qualquer contrato administrativo, comporta pressupostos e limites, havendo aqui que considerar o regime de cada uma das modalidades de modificação objetiva do contrato administrativo, mas também as particularidades que decorrem do esquema de partilha de risco que caracteriza este tipo contratual.

Num cenário de crise, em que termos podem as partes de um contrato de concessão de serviços públicos proceder a alterações ao seu conteúdo?

---

<sup>1</sup> Como a crise económica e financeira que vivemos. Sobre a ideia de crise, v. *infra*, Capítulo IV, ponto 3.

<sup>2</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “A Revolução Neoliberal e a Subversão do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica”, in *A Crise e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, cit., pp. 81 e 82.

Considerando o exposto, a presente investigação visa dar um contributo no sentido da ponderação da crise enquanto possível causa de modificação objetiva do contrato de concessão de serviços públicos, com enfoque nos regimes da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* e do caso de força maior, bem como da modificação do contrato por razões de interesse público.

A presente exposição seguirá uma lógica de articulação entre o Direito Nacional e o Direito Europeu, pelo que as várias questões serão analisadas, também, à luz dos textos comunitários relevantes – aqui com destaque para a Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

Dito isto, a presente exposição divide-se essencialmente em seis partes.

A primeira parte, a que corresponde o Capítulo II, incide sobre a evolução histórica do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Europeu e no Direito Nacional. Evolução que culmina agora na Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*, que introduziu no Direito Europeu dos Contratos Públicos um conjunto de importantes disposições em matéria de formação e execução dos contratos de concessão de obras e serviços públicos, além uma definição mais precisa da noção de concessão, e que deverá brevemente ser objeto de transposição para a ordem jurídica nacional, com influência no regime aplicável a este tipo contratual (desde logo no que respeita à sua modificação por razões de interesse público).

Considerando o quadro legal aplicável ao contrato de concessão de serviços públicos e a noção constante, quer do artigo 407.º, n.º 2, do CCP, quer do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, a segunda parte, a que corresponde o Capítulo III, é dedicada à compreensão do atual contrato de concessão de serviços públicos. Nesta sede, cabe abordar alguns pontos da dogmática geral do contrato de concessão de serviços públicos, com destaque para a significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário enquanto elemento essencial deste tipo contratual.

Partindo do esquema de partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos, a terceira parte, correspondente ao Capítulo IV, é dedicada à compreensão dos conceitos de risco e de imprevisão, procurando a subsunção dos efeitos da crise num daqueles conceitos.

Com efeito, considerando aquele esquema, assente na significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, coloca-se a questão de saber se os efeitos da crise se inserem no âmbito do risco contratualmente assumido, designadamente, pelo concessionário, ou se, pelo contrário, se inserem no âmbito da imprevisão, dando lugar à aplicação de regimes como os da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* ou do caso de força maior. Questão cuja resposta terá um impacto muito significativo na relação contratual afetada pela crise, estando na base de diferentes formas de conformação desta relação.

Admitindo que alguns dos efeitos da crise podem extravasar o conceito de risco, designadamente, quando ultrapassem a barreira da previsibilidade, a quarta parte, contida no Capítulo V, é dedicada à ponderação da crise enquanto imprevisão. Neste quadro, cabe equacionar a aplicação dos regimes da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* e do caso de força maior, avaliando a possibilidade de modificação do contrato de concessão de serviços públicos com fundamento nas perturbações ocasionadas pela crise, à luz destes regimes.

Admitindo ainda que, mesmo quando no caso concreto se conclua que os efeitos da crise se enquadram no âmbito dos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos, a suportar pelo concessionário, o concedente não tem de ficar *de braços cruzados* e aguardar pela degradação da situação económica do concessionário e pelo incumprimento do contrato, a quinta parte, incluída no Capítulo VI, visa ponderar a possibilidade de o concedente adotar medidas e providências de auxílio ao concessionário e proteção do contrato, designadamente, através do exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público.

Finalmente, numa sexta e última parte, a que corresponde o Capítulo VII, esboçam-se as devidas conclusões, procurando, deste modo, contribuir para a discussão e ponderação das possibilidades de modificação objetiva do contrato de concessão de serviços públicos num contexto de crise.

## Capítulo II – Evolução Histórica

### 1. Evolução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos no Direito Europeu

Durante largos anos, a evolução do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Europeu foi marcada por uma, pelo menos aparente, *indiferença comunitária*<sup>3</sup>. *Indiferença* explicada, essencialmente, pelo carácter *intuitu personae* tradicionalmente associado à concessão de serviços públicos e pelas marcadas divergências existentes entre modelos nacionais nesta matéria<sup>4</sup>.

Até muito recentemente, o Direito Europeu não regulava o contrato de concessão de serviços públicos. O Direito originário não previa esta figura e o Direito derivado previa-a, mas para excluí-la do seu âmbito de aplicação.

O ponto de viragem só viria a ocorrer em 2011, com a *Proposta de Diretiva relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*<sup>5</sup> apresentada pela Comissão, que consubstanciou a primeira proposta de Direito derivado especificamente dedicada aos contratos de concessão, culminando na Diretiva 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>6</sup>.

No entanto, isto não significa que, até 2014, o contrato de concessão de serviços públicos tenha estado excluído por completo do âmbito de aplicação do Direito Europeu.

Além de a concessão ser uma figura bem conhecida do Direito interno de alguns Estados-membros, os *ventos neoliberais* das últimas décadas, favoráveis a

---

<sup>3</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por Uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra, Almedina, 2012, cit., p. 123.

<sup>4</sup> *Idem*, cit., pp. 123 e 124; Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, cit., p. 273. Em especial no que respeita ao carácter *intuitu personae* da concessão de serviços públicos, cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, cit., pp. 232 a 235.

<sup>5</sup> *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*, de 20 de dezembro de 2011, in COM (2011) 897 final.

<sup>6</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

esquemas de transferência dos riscos e responsabilidades para o setor privado foram potenciando o recurso à técnica concessória<sup>7</sup>. Como foi recentemente reconhecido pela Comissão, *os contratos de concessão são um meio habitualmente utilizado pelas autoridades públicas para assegurar a prestação de serviços ou a construção de obras, sendo especialmente vantajosas para a realização de projetos de interesse público em que o Estado ou as autoridades locais necessitem de capital e conhecimentos técnicos do setor privado para complementar os escassos recursos públicos*, em especial no âmbito das indústrias de rede e da prestação de serviços de interesse económico geral<sup>8</sup>.

Neste quadro, os primeiros esforços das instituições europeias, no sentido da clarificação do regime jurídico aplicável ao contrato de concessão de serviços públicos, localizam-se no início do século XXI.

Ainda que afastada a hipótese de definição de um enquadramento normativo próprio, assente num conceito e regime comuns de concessão de serviços públicos – como aquele que vinha a ser construído no quadro dos contratos públicos de obras, serviços e fornecimentos –, a primeira década de 2000 ficou marcada por vários Livros Verdes e Comunicações Interpretativas dedicados aos contratos de concessão e às parcerias público-privadas.

A posição das instituições europeias quanto à concessão de serviços públicos começou, assim, por ser expressa através destes instrumentos de *soft law*, suscitando reflexões e debates junto dos vários operadores económicos e das instâncias nacionais<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Coimbra, Almedina, 2006, cit., pp. 87 e 88; Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, “A Emergência de um Novo Direito Comunitário da Concorrência – As Concessões de Serviços Públicos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLII, Nº 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, cit., p. 88, afirmando que a concessão de serviços públicos pode até ser *uma forma muito adequada e eficaz de prossecução de objetivos muito caros à Comunidade, como sejam o de assegurar o aprovisionamento, a proteção do ambiente, a solidariedade económica e social, a organização do território e a proteção dos interesses dos consumidores*.

<sup>8</sup> *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão Resumo da Avaliação de Impacto que acompanha o documento Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adjudicação de contratos de concessão*, de 20 de dezembro de 2011, in *SEC (2011) 1589 final*, cit., p. 2.

<sup>9</sup> O que vai de encontro às funções típicas da *soft law*, de acompanhamento e impulso político, assim preparando, e mesmo antecipando, a adoção de atos de Direito derivado, para que acabam por



Neste contexto, o primeiro grande marco na evolução do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Europeu foi a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário*, de 29 de abril de 2000<sup>10</sup>.

Com o objetivo de assegurar a informação dos operadores e dos poderes públicos quanto às disposições aplicáveis às concessões, a Comunicação veio precisar o conceito de concessão e clarificar o quadro jurídico aplicável aos contratos de concessão de obras e serviços públicos, à luz da experiência adquirida no tratamento dos casos examinados até à data.

Neste contexto, a Comunicação tem o mérito de ter apresentado, pela primeira vez no Direito Europeu, uma noção de concessão de serviços públicos, caracterizada pela transferência da responsabilidade da exploração do serviço em causa e *independentemente da sua qualificação no Direito nacional*<sup>11</sup>. Como se pode ler na referida Comunicação, estão em causa *atos imputáveis ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confie a um terceiro – quer através de um ato contratual quer através de um ato unilateral que tenha obtido o consentimento deste terceiro – a gestão total ou parcial de serviços que decorram normalmente das suas competências e em relação aos quais este terceiro assuma os riscos de exploração*<sup>12</sup>.

Por outro lado, a Comunicação veio esclarecer que *as concessões, mesmo que não sejam abrangidas pelas diretivas, estão submetidas às regras e aos princípios do Tratado, na medida em que são adjudicadas através de atos imputáveis ao Estado e têm por objeto a prestação de atividades económicas*<sup>13</sup>. Em matéria de adjudicação, as concessões de serviços públicos não deixam, assim, de estar sujeitas aos princípios da não discriminação, da igualdade, da transparência, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da tutela jurisdicional efetiva.

---

contribuir. Cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, “A “Soft Law” e a Atribuição de Novas Competências à Comunidade Europeia: O Caso das Parcerias Público-Privadas”, in *Revista de Estudos Europeus*, Ano III, Nº 5, Coimbra, Almedina, 2009, cit. pp. 85 a 88.

<sup>10</sup> *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário*, de 29 de abril de 2000, in *Comunicação 2000/C, 121/02*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

Como é referido na Comunicação, *o Tratado não restringe a liberdade de um Estado-Membro recorrer a concessões, desde que as modalidades de adjudicação sejam compatíveis com o direito comunitário*<sup>14</sup>.

Considerações que, meses depois, viriam a ser corroboradas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão *Telaustria*, de 7 de dezembro de 2000<sup>15</sup>.

Além de contribuir para a delimitação do contrato de concessão de serviços públicos, definindo-o como aquele em que *a contrapartida fornecida pela primeira empresa à segunda consiste na obtenção por esta última do direito de explorar, com vista à sua retribuição, a sua própria prestação*<sup>16</sup>, este Acórdão veio reforçar aquele que já era o entendimento da Comissão quanto ao regime aplicável aos contratos não abrangidos pelas diretivas comunitárias sobre contratos públicos e, em especial, aos contratos de concessão de serviços públicos. Como ficou referido naquele aresto, *apesar de tais contratos estarem, na fase atual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 93/98, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular*<sup>17</sup>.

Seguiu-se um conjunto de importantes escritos sobre o contrato de concessão de serviços públicos no ano de 2004, ano *muito fértil no que toca ao repensar do regime jurídico comunitário em matéria de contratação pública*<sup>18</sup>.

De destacar, em 31 de março de 2004, a entrada em vigor da Diretiva 2004/18/CE, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de*

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000, *Telaustria*, Processo C-324/98.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 96.

*serviços*<sup>19</sup>, e da Diretiva 2004/17/CE, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*<sup>20</sup>.

Procedendo à simplificação e à modernização dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos nos setores *clássicos* e nos setores *especiais*, estes instrumentos de Direito derivado, excluíram, deliberada e expressamente, o contrato de concessão de serviços públicos do seu âmbito de aplicação<sup>21</sup>.

No entanto, há que destacar uma originalidade das diretivas nesta matéria, que reside na introdução da definição do conceito de concessão de serviços públicos no Direito derivado da União Europeia. De acordo com disposto no artigo 1º, n.º 4, da Diretiva 2004/18/CE, *concessão de serviços é o contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*<sup>22</sup>. Definição que, de resto, acompanha o entendimento então perfilhado pelas instituições europeias.

Às referidas diretivas seguiu-se, em 30 de abril de 2004, o *Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*<sup>23</sup>, com o objetivo de *lançar o debate sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos e públicos e concessões ao fenómeno das PPP*<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços*.

<sup>20</sup> Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*.

<sup>21</sup> Cfr. Artigo 17º da Diretiva 2004/18/CE e artigo 18º da Diretiva 2004/17/CE.

<sup>22</sup> Cfr. Artigo 1º n.º 3 b) da Diretiva 2004/17/CE, com idêntica definição.

<sup>23</sup> *Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, de 30 de abril de 2004, in *COM (2004) 327 final*.

<sup>24</sup> *Idem*, cit., p. 8.

Começando por apresentar as parcerias público-privadas em sentido amplo, como *formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objetivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infraestrutura ou a prestação de um serviço*<sup>25</sup>, o *Livro Verde* procedeu à distinção entre *PPP puramente contratual* e *PPP institucionalizada*. Enquanto a *PPP institucionalizada* implica a criação de uma entidade detida conjuntamente pelos parceiros público e privado, a *PPP puramente contratual* baseia-se unicamente em relações contratuais entre os diferentes agentes, sendo o *modelo concessivo* um dos modelos mais utilizados. E, uma vez mais, este foi caracterizado pelo modo de remuneração do concessionário, *que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte dos poderes públicos*<sup>26</sup>. Concomitantemente, foram apresentados outros modelos, como o *Private Finance Initiative*, no qual *a remuneração do parceiro privado assume a forma, não de taxas cobradas aos utentes da obra ou do serviço, mas de pagamentos regulares efetuados pelo parceiro público*, podendo esses pagamentos ser fixos ou *calculados de formas variáveis, em função, por exemplo, da disponibilidade da obra ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da obra*<sup>27</sup>.

Elegendo-o como o esquema contratual privilegiado pelos Estados-membros para o ajustamento de projetos PPP, o *Livro Verde* delimitou assim o contrato de concessão de serviços públicos com referência à exploração do serviço concedido. E, no que respeita à adjudicação desses contratos, remeteu, uma vez mais, para os princípios que decorrem do Tratado, nomeadamente os da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo.

De forma inovadora, o *Livro Verde* debruçou-se ainda sobre a execução dos contratos, abordando questões como a dos limites à duração da exploração da obra

---

<sup>25</sup> *Idem*, cit., p. 3.

<sup>26</sup> *Idem*, cit., p. 9.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

ou serviço e a da possibilidade de modificação da relação contratual, ainda que de modo algo superficial<sup>28</sup>.

O *Livro Verde* veio então esclarecer que *a duração da relação de parceria deve, sobretudo, ser fixada de modo a não restringir ou limitar a livre concorrência para lá do necessário à garantia da amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos*<sup>29</sup>, dando seguimento à brevíssima menção que já tinha sido feita na Comunicação Interpretativa de 2000, em concretização do princípio da proporcionalidade. Assim, de acordo com o *Livro Verde*, *o período em que o parceiro privado assumirá a exploração de uma obra ou de um serviço deve ser estabelecido em função da necessidade de garantir o equilíbrio económico e financeiro de um projeto*<sup>30</sup>, exigindo-se, ainda, que *os elementos que permitem estabelecer a duração sejam comunicados nos documentos de consulta, de molde a permitir aos candidatos ter em conta esse dado aquando da elaboração das suas propostas*<sup>31</sup>, sob pena de violação dos princípios decorrentes do Tratado.

Já no que respeita à questão da modificação dos contratos, a Comissão, partindo do pressuposto de que estes devem poder ser adaptados em função das mudanças do enquadramento macroeconómico e tecnológico e das necessidades de interesse geral, clarificou que os documentos contratuais *podem prever cláusulas de ajustamento automático, como cláusulas de indexação de preços, ou estabelecer as circunstâncias em que será possível rever as tarifas cobradas*<sup>32</sup>, bem como *cláusulas de revisão, na medida em que estas identifiquem precisamente as circunstâncias e as condições em que se poderão introduzir ajustamentos na relação contratual*<sup>33</sup>. De igual modo, tratou o tema das modificações não previstas nos documentos contratuais, equiparando as modificações que abrangem o objeto do contrato (as designadas *modificações substanciais*) à celebração de um novo contrato. Como se pode ler no *Livro Verde*, *estas modificações não enquadradas* [nos documentos

---

<sup>28</sup> O que se compreende, uma vez que nesta fase da evolução não era intenção das instituições europeias regular este tipo de temas, relacionados com a fase de execução dos contratos.

<sup>29</sup> *Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões...*, cit., p. 16.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

contratuais] apenas são aceitáveis quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública<sup>34</sup>.

Na sequência do debate lançado pelo *Livro Verde*, em 2005 foi publicada a *Comunicação sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos e Concessões*<sup>35</sup>.

Assinalando a necessidade sentida pelos operadores económicos, no sentido de uma maior certeza jurídica em matéria de Direito comunitário das concessões, a Comissão apresentou *opções para fomentar a certeza jurídica em matéria de concessões*: ou (i) a adoção de uma nova orientação não vinculativa, em particular, sob a forma de uma comunicação interpretativa, ou (ii) a adoção de uma iniciativa legislativa<sup>36</sup>. E, na sequência dos contributos das várias partes interessadas no decurso do debate, as respostas alcançadas foram no sentido da preferência pela adoção de uma iniciativa legislativa. De facto, a experiência dos operadores veio mostrar que a Comunicação Interpretativa de 2000, em matéria de concessões, *não conseguiu clarificar de forma suficiente as implicações dos princípios do Tratado CE na adjudicação de concessões*<sup>37</sup>. Como é referido pela Comissão, *tanto a prática como a doutrina demonstram que – apesar da clarificação introduzida pelo Tribunal de Justiça – as exigências do Tratado CE são compreendidas de diferentes formas*<sup>38</sup>, o que *cria dificuldades particulares aos proponentes que queiram apresentar queixa no âmbito de procedimentos de concessão junto aos tribunais nacionais*<sup>39</sup>.

Neste quadro, a conclusão foi a de que *uma iniciativa legislativa é a melhor solução no que toca a concessões*<sup>40</sup> – além de um manifesto incremento da segurança jurídica e de uma consequente redução dos custos de transação, a adoção de

---

<sup>34</sup> *Idem*, cit., p. 17.

<sup>35</sup> *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre as Parcerias Público Privadas e o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos e Concessões*, de 15 de novembro de 2005, in COM (2005) 569 final.

<sup>36</sup> *Idem*, cit., p. 7.

<sup>37</sup> *Idem*, cit., pp. 7 e 8.

<sup>38</sup> *Idem*, cit., p. 8.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Idem*, cit., p. 9.

medidas legislativas teria, ainda, a virtualidade de reforçar a tutela jurisdicional efetiva dos particulares interessados na celebração de contratos de concessão de serviços públicos, materializada na inclusão deste contrato no âmbito de aplicação das Diretivas Recursos.

A discussão sobre a opção política a tomar com vista ao cumprimento destes objetivos viria abrir caminho à *Proposta de Diretiva relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*<sup>41</sup>, apresentada pela Comissão em 20 de dezembro de 2011.

Esta proposta surgiu conjuntamente com a *Proposta de Diretiva relativa aos contratos públicos*<sup>42</sup> e a *Proposta de Diretiva relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*<sup>43</sup>, num contexto de revisão do Direito derivado em matéria de contratação pública, tendo por objetivo aumentar a segurança jurídica e assegurar o melhor acesso aos mercados das concessões para todas as empresas europeias.

Como se pode ler na *Exposição de Motivos da Proposta de Diretiva relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*, o quadro atual *provoca graves distorções no mercado interno, nomeadamente restringindo o acesso das empresas europeias, sobretudo pequenas e médias empresas, às oportunidades económicas criadas pelas concessões*<sup>44</sup>, esperando-se que a diretiva proposta garanta a transparência, justiça e segurança jurídica na adjudicação de contratos de concessão, contribuindo assim para melhores oportunidades de investimento e, em última análise, para o aumento da qualidade dos bens e serviços<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*, de 20 de dezembro de 2011, in COM (2011) 897 final.

<sup>42</sup> *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos*, de 20 de dezembro de 2011, in COM (2011) 896 final.

<sup>43</sup> *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*, de 20 de dezembro de 2011, in COM (2011) 895 final.

<sup>44</sup> *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*, de 20 de dezembro de 2011, in COM (2011) 897 final, cit., p. 2.

<sup>45</sup> *Idem*, cit., p. 5.

Com este desiderato, a Proposta contém um conjunto de disposições em matéria de formação e execução dos contratos de concessão de obras e serviços públicos, além de fornecer uma definição mais precisa da noção de concessão, com referência ao conceito operativo de risco<sup>46</sup>. De destacar as disposições referentes à modificação – objetiva e subjetiva – dos contratos de concessão durante a sua vigência, bem como ao próprio prazo de vigência destes contratos, que consubstanciam verdadeiras novidades no Direito derivado dos contratos públicos.

*A Proposta de Diretiva relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão* – que, como se referiu, culminou na Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão* – representa, assim, um verdadeiro salto qualitativo na evolução do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Europeu.

Recorde-se que está em causa uma figura que, até à data, tinha sido unicamente objeto de instrumentos de *soft law*, com um carácter meramente interpretativo e essencialmente político<sup>47</sup>. Ao que acresce a forte disparidade existente entre legislações nacionais – ou mesmo ausência de legislação, no caso de alguns Estados-membros – em matéria de concessão de serviços públicos. Uma Diretiva dedicada à adjudicação dos contratos de concessão vem, indubitavelmente, contribuir para uma harmonização de regimes, com o desejado incremento da transparência, da justiça e da segurança jurídica.

---

<sup>46</sup> Disposições que, na sua maioria, passaram para a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*, e que, por corresponderem ao Direito derivado atualmente vigente, serão objeto de análise mais adiante no presente trabalho, a propósito do estudo de cada um dos regimes em causa.

<sup>47</sup> Conforme aponta ANA MARIA GUERRA MARTINS, “A Emergência de um Novo Direito Comunitário da Concorrência – As Concessões de Serviços Públicos”..., cit., pp. 95 e 96, é certo que as Comunicações da Comissão, refletindo o Direito vigente sobre o assunto e preparando o terreno para futuras alterações legislativas, devem ser levadas em linha de conta quer pela própria Comissão, quer pelos operadores económicos que atuam na área por ela abrangida. No entanto, importa frisar que *nem o Tribunal de Justiça nem os demais órgãos comunitários se encontram vinculados pela Comunicação. Dito de outro modo: o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, se vierem a ser chamados a apreciar a validade de uma decisão da Comissão, que se baseie nos princípios enunciados na Comunicação em referência, podem afastar-se dos princípios nela consignados por considerarem que eles não são conformes ao Tratado ou por considerarem que outras são as regras aplicáveis.*



Mas não só. Juntamente com a Diretiva 2014/24/UE, *relativa aos contratos públicos*<sup>48</sup>, e com a Diretiva 2014/25/UE, *relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*<sup>49</sup>, ambas de 26 de fevereiro de 2014, a presente Diretiva introduz, pela primeira vez no Direito Europeu dos Contratos Públicos, disposições de Direito derivado em matéria de execução de contratos. Afinal, nunca foi vocação do Direito Europeu dos Contratos Públicos regular os aspetos relacionados com a fase de execução dos contratos, matéria tradicionalmente deixada aos Estados-membros. Tanto que, até esta última vaga de diretivas, as matérias relacionadas com a fase de execução dos contratos não eram alvo de regulação expressa<sup>50</sup>.

Porém, a evolução do Direito Europeu não deixa de ser sintomática da crescente consciencialização de que certas vicissitudes contratuais, como a modificação, são suscetíveis de defraudar os interesses que o procedimento pré-contratual visa acautelar. Naturalmente, o *complexo de princípios e normas, exigido em sede de contratação, não pode, na fase de execução, ser defraudado mediante uma possibilidade ilimitada de modificar os contratos*<sup>51</sup>. Assim, partindo da premissa de que a possibilidade de o contrato ser alterado não é dissociável do ambiente concorrencial em que a sua formação se inseriu e em que a alteração deve, também, inserir-se, os limites à modificação dos contratos públicos foram sendo forjados, essencialmente, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>52</sup>, sendo paradigmático o Acórdão *Pressetext*, de 19 de junho de 2008<sup>53-54</sup>.

Ao dispor em matéria de execução de contratos, as novas diretivas – onde se inclui a Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação de contratos de concessão* –

---

<sup>48</sup> Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE*.

<sup>49</sup> Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE*.

<sup>50</sup> Sem prejuízo do importante contributo que, ao longo dos anos, os instrumentos de *soft law* e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia foram dando neste campo.

<sup>51</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, cit., pp. 14 e 15.

<sup>52</sup> *Idem*, cit., pp. 18 e 19.

<sup>53</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, *Pressetext*, Processo C-454/06.

<sup>54</sup> Pela importância que este Acórdão assume na definição dos limites à modificação dos contratos, será objeto de análise mais adiante no presente trabalho, em capítulo próprio.

representam o culminar dessa consciencialização, consubstanciando um importante passo no sentido da evolução do Direito Europeu dos Contratos Públicos.

## **2. Evolução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos no Direito Nacional**

Procedendo a uma análise da evolução da concessão de serviços públicos no Direito Nacional, verifica-se que esta é, afinal, uma figura bem mais antiga, remontando ao século XIX<sup>55</sup>.

Alguma doutrina vai ainda mais longe, descortinando formas de colaboração entre os setores público e privado, designadamente através da atribuição de tarefas públicas a particulares, desde a Grécia antiga<sup>56</sup>. No entanto, a concessão, tal como hoje é conhecida, constitui um legado da Administração Liberal do século XIX.

---

<sup>55</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Coimbra, Almedina, 2009, cit., p. 447.

<sup>56</sup> Com efeito, já na Grécia Antiga (século VI ao século III a.C.) certas tarefas eram confiadas, pelas cidades, a determinados cidadãos, que recebiam uma retribuição pelos serviços prestados e pagavam uma renda às autoridades públicas. E também na Roma Clássica (século II a.C. ao século IV d.C.) a técnica concessória foi conhecida e utilizada, ainda que sem contornos bem definidos. Destacando duas figuras cujos traços essenciais correspondem às atuais concessões, encontra-se no Direito Romano, por um lado, a atribuição de terras públicas a particulares contra o pagamento de uma renda e, por outro lado, a adjudicação da cobrança de impostos aos *publicani* ou às *societas publicanorum*, ambas representando atos públicos pelos quais uma autoridade atribuía uma posição vantajosa a um particular. Por sua vez, na Idade Média, a ausência de uma Administração Pública e, por conseguinte, de um domínio público, teve como efeito o reduzido emprego da técnica concessória. Já no início da Idade Moderna, é possível destacar alguns fatores que explicaram o aparecimento de figuras próximas das atuais concessões, sendo de destacar a consolidação do poder central, com a consequente integração de um vasto conjunto de direitos na área pública. E destes direitos integrantes do património régio, alguns podiam, de acordo com a vontade do Príncipe, ser atribuídos a particulares, sendo assim verdadeiros *privilegia Principis*. Com efeito, é por esta razão que se afirma estar a concessão historicamente associada a uma ideia de liberalidade graciosa, que para o beneficiário representa um favor e o coloca numa situação de vantagem ou exceção. Isto sem embargo de, desde o século XVI, a técnica concessória começar a ser utilizada em setores que a afastavam dessa ideia de privilégio. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 45 a 47; ARMANDO MARQUES GUEDES, *A Concessão – Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1954, cit., pp. 27 a 35; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 13 a 15; PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2011, cit., pp. 25 a 30; FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública I*, Número Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, cit., p. 371; LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e

Em finais do século XVIII e início do século XIX, dois importantes fatores confluíram no aumento expressivo do recurso à técnica concessória: as revoluções liberais e a revolução industrial<sup>57</sup>.

Caracterizado pelo *culto da iniciativa privada ("laissez-faire") e pela defesa do princípio do abstencionismo da intervenção dos entes públicos nos mercados de bens e fatores produtivos ("laissez-passer")*<sup>58</sup>, o Estado Liberal continha em si as premissas ideológicas fundamentais para a o recurso à concessão. Nascido das revoluções liberais do final do século XVIII e do início do século XIX, este tipo histórico de Estado foi marcado pela afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos face aos poderes públicos, o que, a par da reação face ao Antigo Regime, explica a ideia liberal de separação entre o Estado e a Sociedade, e de redução ao mínimo das funções estaduais. Foi a época da *mão invisível* de ADAM SMITH, que identificava o ótimo social e económico com o respeito por uma esfera de autonomia da sociedade e do mercado, naturalmente tendentes para um equilíbrio que qualquer interferência estadual perturbaria. Restava à Administração a função de garantia da segurança, interna e externa, e da justiça, abstendo-se de qualquer de intervenção em matéria económica, social ou cultural<sup>59</sup>.

Por seu turno, com a revolução industrial forjaram-se as premissas económicas, técnicas e sociais para o desenvolvimento da técnica concessória, sendo esta a *era dos melhoramentos materiais que os progressos do industrialismo tornaram apetecidos*<sup>60</sup>. Com recurso ao contrato de concessão, o Estado conseguiu *promover a realização dos melhoramentos materiais tão reclamados pela população e sem ter*

---

Direito de Exclusivo", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, cit., p. 543.

<sup>57</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p.30.

<sup>58</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo" ..., cit., p. 544.

<sup>59</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I*, 3ª Ed., Lisboa, Dom Quixote, 2008, cit., pp. 103 a 105.

<sup>60</sup> JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos. Sua Natureza Jurídica*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1914, cit., pp. 14 e 15.

de assumir custos para o erário público, transferindo o risco contratual para o concessionário<sup>61</sup>.

Utilizada pela *administração de infraestruturas*<sup>62</sup>, a concessão serviu, assim, neste período uma função essencialmente financeira – *um modo de instalação de infraestruturas públicas à custa de dinheiros privados*<sup>63</sup>. Podendo mesmo afirmar-se por isso que a concessão é, nessa época, um instrumento de publicização de certas atividades económicas, que torna possível que um Estado insolvente (...) assuma como sua a tarefa de construir e de instalar empresas de tão grande vulto<sup>64</sup>. Recorrendo à elucidativa expressão de MAGALHÃES COLLAÇO, *Homem que arrostando todos estes encargos era um bem vindo*<sup>65</sup>.

Em face do exposto, sem a técnica concessória muito possivelmente o Estado Liberal não teria realizado as obras públicas mais importantes do século XIX nem organizado alguns serviços económicos fundamentais.

A íntima associação do contrato de concessão à construção das grandes infraestruturas públicas – designadamente das redes de transporte e de distribuição de gás, de eletricidade e de água – traduziu-se, mesmo, numa *mistura* inicial da concessão de serviços públicos com a concessão de obras públicas<sup>66</sup>. Como aponta PEDRO GONÇALVES, *só com a sucessiva autonomização do serviço público explorado com base na obra construída é que a concessão de serviço público ganha autonomia*<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 544.

<sup>62</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 448.

<sup>63</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 103.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos...*, cit., p. 16. No mesmo sentido, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990, cit., p. 55, referindo-se a esta época como uma *fase de candura* nas relações entre a Administração Pública liberal e os seus contraentes particulares.

<sup>66</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 101.

<sup>67</sup> *Ibidem*, concluindo que a gestão do serviço público pelo concessionário corresponde à segunda fase da concessão de obras públicas; o facto de essa fase ser longa (muito mais longa do que a primeira, de execução da obra) determinou que a posição do concessionário de serviço público comesse a destacar-se.

E enquanto figura autónoma na dogmática administrativa, a clássica concessão de serviços públicos foi delimitada por MARCELLO CAETANO nos seguintes termos: *Quando a pessoa coletiva de direito público em cujas atribuições entra a criação e a exploração com exclusivo de certo serviço público de carácter empresarial não quer assumir o encargo da respetiva gestão poderá, se a lei autorizar, encarregar outra pessoa, geralmente uma entidade privada, dessa gestão, por conta própria, mediante um ato jurídico pelo qual lhe transfira temporariamente o exercício dos direitos e poderes necessários e imponha as obrigações e deveres correspondentes. Esse ato jurídico é a concessão de serviço público*<sup>68</sup>. Assim, acrescenta, *o concessionário assume a gestão do serviço por sua conta e risco, o que significa que o concessionário investirá no serviço capitais próprios ou obtidos a crédito sob sua responsabilidade e corre o risco de lucrar ou perder na exploração*<sup>69</sup>.

Considerando o exposto, conclui-se que *a transferência do risco era, na realidade, um elemento que integrava a definição clássica da concessão*<sup>70</sup>, consubstanciando, mesmo, condição *sine qua non* deste tipo contratual. Nas palavras de MARCELLO CAETANO, a fonte da retribuição do concessionário *é o rendimento da exploração do serviço público, donde deverão sair as somas necessárias para cobrir as despesas respetivas, como ainda para renovar o estabelecimento, amortizar o capital investido (...) e dar aos empresários o justo lucro*<sup>71</sup>. O que significa que *a tarifa nos serviços públicos concedidos desempenha uma dupla função: nas relações entre o concessionário e o público, a de regular o preço das prestações do serviço; nas relações entre concedente e concessionário, a de regular os termos em que aquele consente a este a remuneração da sua iniciativa e dos seus capitais*<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II*, 10<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 2010, cit., p. 1099.

<sup>69</sup> *Idem*, cit., p. 1100. Na mesma linha, cfr. JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos...*, cit., p. 75, referindo-se à clássica concessão de serviços públicos como um ato pelo qual *a administração investe o concessionário nos poderes e nos encargos de fazer funcionar o serviço público*; e ainda PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 104, definindo-a como *uma convenção pela qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço público por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas aos utentes*.

<sup>70</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo" ..., cit., p. 544.

<sup>71</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., p. 1124.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

Com os traços *supra* expostos, a clássica concessão de serviços públicos representa um claro *produto da lógica de funcionamento do Estado Liberal*<sup>73</sup>.

Ainda assim, na transição para o Estado Social, esta figura permitiu ao poder público *comprometer-se com os fins sociais, mas dispensando-o de efetuar os investimentos inerentes à respetiva prossecução*<sup>74</sup>.

Ao Estado Liberal sucedeu, assim, o Estado Social, marcado pela consagração constitucional de um vasto catálogo de direitos económicos, sociais e culturais. Partindo do pressuposto de que existem desigualdades de facto, consagram-se essencialmente direitos de promoção, concretizáveis em obrigações de *facere* por parte dos poderes públicos, numa lógica de justiça redistributiva<sup>75</sup>. Ao que corresponde, necessariamente, uma mutação dos fins públicos, que passam a englobar também a promoção do bem-estar económico, social e cultural. E o *alargamento dos fins públicos projeta-se, por sua vez, nas características típicas da Administração do Estado Social: ele implica um alargamento correspondente das tarefas administrativas e da própria administração em sentido orgânico, a quem incumbirá, em última análise, efetuar as prestações em matéria de direitos económicos, sociais e culturais*<sup>76</sup>.

Em suma, no Estado Social assiste-se a um abandono dos pressupostos políticos e económicos do liberalismo, o que se traduz na emergência de um Estado fortemente intervencionista, que considera *ser sua função assumir diretamente a responsabilidade pela execução de um amplo leque de tarefas prestacionais teleologicamente vinculadas pelos textos constitucionais à prossecução do bem-estar*<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 449.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, cit., pp. 40 e 41.

<sup>76</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, cit., p. 109.

<sup>77</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 449.

E no quadro de uma Administração *prestacional*<sup>78</sup>, e mesmo de um *gigantismo estatal*<sup>79</sup>, a concessão, que havia sido sempre um instrumento de colaboração entre a Administração Pública e o setor privado, perdeu terreno e espaço de influência em favor da “régie” direta da Administração e de modos públicos de gestão<sup>80</sup>.

Na década de 40 do século XX, instalou-se, pois, a crise da concessão de serviços públicos, que se prolongou até meados da década de 80<sup>81</sup>. Os contratos de concessão de obras e de serviços públicos entraram em período de declínio<sup>82</sup> e, no que respeita às concessões que subsistiram neste período, há que registar importantes alterações na fisionomia do instituto<sup>83</sup>.

No que respeita às partes no contrato de concessão de serviços públicos, o concessionário que, ao princípio era uma pessoa de Direito privado, passou a ser em muitos casos uma pessoa pública<sup>84</sup>. No contexto de um exponencial crescimento da Administração em sentido orgânico do Estado Social, muitas das empresas concessionárias foram atraídas, num plano organizativo, para a órbita do “mundo administrativo”<sup>85</sup>. Pelo que, neste período, ao invés de representar um instrumento de privatização material da execução de uma atividade pública, [a concessão] equivalia, antes, a uma espécie de contrato interadministrativo<sup>86</sup>.

Por outro lado, verificam-se mutações relativamente ao modo de remuneração do concessionário, tradicionalmente dependente das taxas pagas pelos utentes do

---

<sup>78</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I..., cit., pp. 47 e 48.

<sup>79</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 453.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 105; PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 33 e 34.

<sup>82</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 544.

<sup>83</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 453.

<sup>84</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 105 e 106.

<sup>85</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., pp. 545 e 546. Como explicam LINO TORGAL e JOÃO OLIVEIRA GERALDES, *se os títulos representativos do seu capital estatutário não eram inteiramente detidos pela Administração, isto na sequência de processos de nacionalização, tais entidades tinham, frequentemente, uma larga maioria de acionistas do setor público (...). E, mesmo quando tinham alguns acionistas privados, a verdade é que estes, além de minoritários, muitas vezes consideravam a sua participação no capital social como um investimento a fundo perdido.*

<sup>86</sup> *Idem*, cit., p. 546. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 105 e 106.

serviço concedido. Num contexto de brutal aumento das tarefas públicas, com o consequente incremento dos serviços públicos suscetíveis de serem concedidos – entre os quais, serviços públicos sem utentes *uti singuli*<sup>87</sup> –, admitiu-se que *a retribuição não tinha de provir em exclusivo do preço praticado, mas também, em termos complementares, de outras fontes de receita*<sup>88</sup>. A remuneração pelas taxas pagas pelos utentes deixou de ser um elemento essencial do contrato de concessão de serviços públicos<sup>89</sup>.

Conexo com este elemento é o da responsabilidade financeira do concessionário pela exploração do serviço. Assim, *a partir de certa altura, o regime da concessão, na parte em que pressupunha a assunção do risco integral pelo concessionário, foi atenuado ou mesmo transformado num regime de solidariedade financeira entre concedente e concessionário*<sup>90</sup>. Donde se conclui que também a assunção do risco pelo concessionário deixou de consubstanciar um elemento essencial do contrato de concessão de serviços públicos<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Como é o caso dos serviços públicos de televisão ou radiodifusão.

<sup>88</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 454.

<sup>89</sup> A propósito desta questão, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., pp. 1126 e 1127, afirmando que *o direito dado ao concessionário de cobrar taxas, segundo as tarifas que forem fixadas, não é o único elemento financeiro nas relações entre concedente e concessionário. Pode, na verdade, a insuficiência dos preços ser suprida pela assistência do concedente. (...) Nesses casos, como em geral naqueles em que o concedente pretenda praticar preços políticos, este deve tomar o encargo de pagar tal benefício social ou conveniência política. Outras vezes importa estimular e favorecer o arranque de um serviço (...). Nasce assim a assistência financeira do concedente ao concessionário, traduzida por subvenções, subsídios, garantias de rendimento.*

<sup>90</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 106 e 107. Cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 454; LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo” ..., cit., p. 545. Em especial, explicando os vários modos pelos quais essa *solidariedade financeira* pode materializar-se, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., p. 1127: *(...) umas vezes trata-se de prestações certas e regulares a pagar ao concessionário durante certo número de anos (uma subvenção fixa anual, por exemplo). Outras vezes trata-se de prestações eventuais que o concedente só pagará se os rendimentos da exploração do ano não permitirem a remuneração do capital investido (garantia de dividendo) ou só do capital obtido por empréstimo (garantia de juros). Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificado por motivos imprevistos ou certas despesas anormais.*

<sup>91</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 142, que afirma, expressamente neste sentido: *Aceitando-se, como aqui se aceita, que a remuneração do concessionário pode consistir exclusivamente numa retribuição a cargo do concedente, exclui-se também que a concessão pressuponha a assunção de um risco económico-financeiro por parte do concessionário.* Na mesma linha, cfr. LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo” ..., cit., p. 546.



Posto isto, da crise da concessão de serviços públicos resultou uma figura alterada. Da aceção clássica herdada do liberalismo só permaneceu praticamente estável o elemento *objeto do contrato*, que continuou a ser a gestão de um serviço público. No que respeita aos demais elementos, o contrato de concessão de serviços públicos afastou-se bastante do modelo tradicional<sup>92</sup>.

Como se adiantou *supra*, a crise da concessão de serviços públicos viria a prolongar-se até meados da década de 80 – época de mudanças políticas, económicas e sociais, conexas com a própria evolução do modelo de Estado.

Neste encandeamento, cumpre destacar a desenfreada expansão da Administração Pública, cujo expoente máximo ocorreu na década de 60, em toda a Europa Ocidental, com o *absorvente* Estado Providência, que rapidamente demonstrou sinais de crise. Crise que tanto derivou de causas ideológicas (com o refluxo das ideias socializantes perante teorias neoliberais), quanto de causas financeiras (com os custos insuportáveis da prestação de serviços cada vez mais extensos, traduzidos numa pesada carga fiscal), de causas administrativas (com o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (com a quebra de competitividade, numa economia globalizada, face a países sem o mesmo grau de proteção social)<sup>93</sup>. Por sua vez, o Choque Petrolífero de 1973 contribuiu para uma consciencialização acerca da escassez dos recursos e, por conseguinte, para o fim do otimismo económico até então vigente<sup>94</sup>.

Ao Estado Providência sucedeu, assim, o Estado Social Pós-Providência, no qual se assiste a um repensar das tarefas estaduais e a Administração Pública assume um papel essencialmente regulador<sup>95</sup>. Emerge uma Administração *infraestrutural*, em

---

<sup>92</sup> Cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 453; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 105; LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., pp. 544 a 546.

<sup>93</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo I, Preliminares O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 7ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, cit., p. 100. Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1996, cit., pp. 122 a 125; MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, cit., pp. 111 e 112.

<sup>94</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido...*, cit., p. 123.

<sup>95</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, cit., p. 112.

que a regulação e o planeamento substituem a intervenção direta do executivo na vida social, a par de um incremento das formas de colaboração dos privados na prossecução do interesse público<sup>96</sup>.

Neste contexto, ao sabor de ventos *neo-liberais* favoráveis a esquemas de transferência de riscos e responsabilidades para o setor privado, temos vindo a assistir, no quadro dos novos papéis do contrato como meio de realização das tarefas públicas, à redescoberta das concessões<sup>97</sup>.

Por força das vicissitudes *supra* referenciadas, a figura da concessão reapareceu pujantemente a partir de finais do século XX e com uma fisionomia que, sem prejuízo das abissais diferenças de contexto, fazia lembrar, nalguns traços, a sua feição original<sup>98</sup>. Quanto mais não seja porque, também no Estado Social Pós-Providência, a Administração é confrontada com uma *apertada disciplina orçamental* que justifica o envolvimento dos capitais e da gestão privados para a prestação de serviços públicos<sup>99</sup>.

O alargamento das tarefas administrativas herdadas do Estado Providência e o risco associado a muitas delas motivou, além de um retomar da utilização da técnica concessória, um regresso ao conceito tradicional de concessão, baseado na assunção do risco pelo concessionário. Como referem LINO TORRAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, *houve, assim, um certo “regresso ao passado” mais distante, pelo menos no sentido de se ter retomado a ideia de que na concessão cabe por norma ao co-contratante, como contrapartida do lucro que almeja, suportar os riscos normais do contrato*<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*. Para um maior desenvolvimento quanto a este tema, cfr. MARISA APOLINÁRIO, *O Estado Regulador: O Novo Papel do Estado. Análise da Perspectiva da Evolução Recente do Direito Administrativo. O Exemplo do Sector da Energia*, Coimbra, Almedina, 2015, cit., pp. 79 e ss.

<sup>97</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 120. Cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 454; FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos” ..., cit., pp. 372 a 374.

<sup>98</sup> LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo” ..., cit., p. 546.

<sup>99</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 455.

<sup>100</sup> LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo” ..., cit., pp. 546 e 547.

Neste quadro de redescoberta do contrato de concessão, o Código do Procedimento Administrativo de 1991<sup>101</sup> assumiu um papel importante.

Apesar de, em muitos casos, a possibilidade de exercício de atividades económicas em regime de concessão de serviço público estar expressamente prevista na lei, a propósito da regulamentação do setor de atividade em causa, o Código do Procedimento Administrativo teve o mérito de receber na legislação pátria o princípio da autonomia pública contratual, consagrando a possibilidade genérica de qualquer entidade administrativa recorrer ao contrato de concessão de serviços públicos para a prossecução das suas atribuições<sup>102</sup>.

Nos termos do disposto no artigo 179.º do CPA, na sua redação inicial dada pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, *os órgãos administrativos, na prossecução das atribuições da pessoa coletiva em que se integram, podem celebrar contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*. Por sua vez, o artigo 178.º, n.º 2, alínea c), do mesmo diploma dispunha que *são contratos administrativos, designadamente, os contratos de concessão de serviços públicos*, incluindo a concessão de serviços públicos no elenco exemplificativo dos contratos administrativos nominados aí previsto<sup>103</sup>.

Assim – ressalvadas, naturalmente, as situações em que outra coisa resultasse da lei ou da natureza das relações a estabelecer, nos termos da parte final do artigo 179.º – o CPA abriu as portas, em geral, à contratação administrativa e, em especial, à utilização do contrato de concessão de serviços públicos. Parafraseando FERNANDA MAÇÃS, *a partir do CPA, a Administração Pública passou a dispor de*

---

<sup>101</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro.

<sup>102</sup> FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”..., cit., pp. 397 e 398.

<sup>103</sup> Aqui na linha do Código Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31 095, de 31 de dezembro de 1940, que, no seu artigo 815.º § 2, e unicamente para efeitos de delimitação do âmbito do contencioso administrativo, já fazia constar o contrato de concessão de serviços públicos do elenco (taxativo) dos contratos administrativos aí previsto: *Consideram-se contratos administrativos unicamente os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, os de concessão de serviços públicos e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados entre a Administração e os particulares para fins de imediata utilidade pública*.

*base legal para, no exercício da sua autonomia administrativa, e no âmbito das suas atribuições, conceder a particulares a exploração de serviços públicos*<sup>104</sup>.

Mas não só. Num quadro de *tradicional indiferença* do Direito Europeu dos Contratos Públicos no que respeita à formação dos contratos de concessão, o CPA introduziu no Direito pátrio uma regra básica de procedimentalização nesta matéria, *virando a página relativamente à situação anterior*<sup>105</sup> ao nível europeu, mas também ao nível nacional.

Com efeito, também no quadro nacional de fim de século se reconhecia: *não existem no Direito português contemporâneo nem normas expressas nem um princípio geral que imponham que a conclusão de um contrato administrativo seja em todos os casos precedida de um procedimento integrado por um ou mais atos administrativos tipificados*<sup>106</sup>. É verdade que, desde meados do século XIX, foram proliferando diversos diplomas, prevendo regimes especiais de celebração e execução de contratos administrativos. Porém, estava em causa legislação dispersa, com um âmbito de aplicação circunscrito a um número limitado de tipos contratuais<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos” ..., cit., p. 398.

<sup>105</sup> LINO TORGAL, “Concessão de Obras Públicas e Ajuste Direto”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, cit., p. 1001.

<sup>106</sup> SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, cit., p. 580.

<sup>107</sup> Já na vigência da Constituição de 1976, cumpre apontar o Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de julho, que contém o regime aplicável às *despesas que hajam de efetuar-se com obras e aquisição de bens e serviços para os organismos do Estado, incluindo os dotados de autonomia administrativa ou financeira*, prevendo a obrigatoriedade do concurso público para adjudicação de contratos de obra, aquisição de bens e aquisição de serviços que ultrapassem determinados limiares mínimos; o Decreto-Lei n.º 236/86, que transpôs para ordem jurídica interna as Diretivas 71/304/CEE e 71/305/CEE, consagrando o regime aplicável à formação, e também execução, das empreitadas de obras públicas; e o Decreto-Lei n.º 24/92, de 25 de fevereiro, que transpôs para a ordem jurídica interna as Diretivas 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE, consagrando o regime aplicável à formação e execução dos contratos que tenham por objeto a compra de coisas móveis, a locação financeira, a locação ou venda a prazo, com ou sem opção de compra e a aquisição e locação de bens ou serviços de informática. Diplomas que, como se verifica, não incluíam no seu âmbito de aplicação o contrato de concessão de serviços públicos, objeto de legislação setorial – como aponta FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos” ..., cit., p. 399, proliferavam na ordem jurídica disposições normativas que exigiam a sujeição dos contratos de concessão de serviços públicos a celebrar no âmbito de uma determinada atividade a concurso público.

Neste contexto, o artigo 182.º, n.º 1, do CPA, na versão original dada pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, veio dispor que, *salvo regime especial, nos contratos que visem associar um particular ao desempenho regular de atribuições administrativas o co-contratante deve ser escolhido por concurso público, por concurso limitado ou por ajuste direto*, ainda que sem concretizar os aspetos relativos à tramitação de cada um desses procedimentos<sup>108</sup>. De entre os procedimentos pré-contratuais aqui previstos, o artigo 183.º do CPA veio anunciar uma clara preferência pela utilização do procedimento concursal, ao prever que, *os contratos devem ser sempre precedidos de concurso público, o qual só pode ser dispensado por proposta devidamente fundamentada do órgão competente, que mereça a concordância expressa, consoante os casos, do órgão superior da hierarquia ou do órgão de tutela*, ressalvadas as normas que regulam a realização de despesas públicas<sup>109</sup>.

O CPA introduziu ainda algumas disposições em matéria de execução de contratos, designadamente ao nível dos poderes de conformação da relação contratual à disposição da Administração. Assim, sob a epígrafe *Poderes da Administração*, o artigo 180.º do CPA veio dispor que, *salvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato, a Administração Pública pode: a) Modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro; b) Dirigir o modo de execução das prestações; c) Rescindir unilateralmente os contratos por imperativo de interesse público devidamente fundamentado, sem prejuízo do pagamento de justa indemnização; d) Fiscalizar o modo de execução do contrato; [e] e) Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato*.

Disposição que surge, não tanto como uma novidade, mas como uma consagração da tradicional teoria do contrato administrativo – relembre-se que na origem da

---

<sup>108</sup> Além do seu caráter mais aberto ou mais fechado, em função do universo subjetivo abrangido por cada um dos procedimentos, patente nos n.ºs 2 a 4 deste artigo.

<sup>109</sup> Preceito que viria a ser reformulado na 3.ª alteração ao CPA, imposta pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de janeiro, no sentido da exclusão da possibilidade de afastamento do concurso público mediante proposta fundamentada, passando a dispor simplesmente que, *com ressalva do disposto nas normas que regulam a realização de despesas públicas ou em legislação especial, os contratos administrativos devem ser precedidos de concurso público*.

autonomização do contrato administrativo como figura distinta dos contratos de Direito Privado da Administração esteve, precisamente, o reconhecimento de um conjunto de poderes *exorbitantes*, de conformação da relação contratual por parte da Administração contratante, sendo o poder de modificação unilateral uma das *particularidades mais notáveis* dessa figura<sup>110</sup>.

Assim, e como ficou, desde logo, vincado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, *na matéria dos contratos administrativos o legislador teve a preocupação de não se substituir à doutrina nem invadir os terrenos que cabem à jurisprudência. A importância do contrato numa Administração que se quer em medida crescente aberta ao diálogo e à colaboração com os administrados, eficiente e maleável, impunha, porém, que se traçasse alguns princípios orientadores. Optou-se por não definir os tipos de contratos administrativos e construir sobre a definição o respetivo regime. Julgou-se mais prudente enunciar os poderes da Administração como parte no contrato (artigo 180.º).*

Com algumas alterações ao longo dos anos, as normas do CPA em matéria de contratos administrativos mantiveram-se em vigor até 2008, data em que, sob influência do Direito Europeu, surgiu entre nós o Código dos Contratos Públicos<sup>111</sup>.

Transpondo para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2004/18/CE, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços*, e a Diretiva 2004/17/CE, *relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, o Código dos Contratos Públicos aproveitou a ocasião para *repensar globalmente toda a legislação em matéria de procedimentos pré-contratuais*, que, como aponta MARIA JOÃO ESTORNINHO, *além de dispersa, estava recheada de incoerências, uma vez que*

---

<sup>110</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 255.

<sup>111</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

*correspondia a momentos de elaboração legislativa cronologicamente desfasados e, por isso, também, fruto de opções teóricas diversas e, muitas vezes, incompatíveis*<sup>112</sup>.

*Como é referido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o CCP envolve não só a transposição e concretização dessas regras, na medida em que o legislador comunitário reservou para o legislador nacional, em vários domínios, uma margem de livre decisão (que importa exercer, nuns casos, em sintonia com a melhor tradição portuguesa e, noutros casos, rompendo com práticas do passado que se não justificavam ou careciam de ajustamentos), mas também a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos objetivo e subjetivo das diretivas, mas que não deixam, por isso, de revestir a natureza de procedimentos pré-contratuais públicos – pelo que devem beneficiar de um tratamento legislativo integrado.*

Assim, aquando da transposição das diretivas, o legislador nacional foi mais longe que o legislador comunitário, estendendo o respetivo regime ao contrato de concessão de serviços públicos. De acordo com o disposto no artigo 16.º, n.º 1, do CCP, *para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos tipos de procedimentos previstos na Parte II do CCP. Estabelecendo o n.º 2 deste preceito que, para efeitos do número anterior, consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos contratos aí previstos, com destaque para a alínea c), que expressamente prevê o contrato de concessão de serviços públicos.*

O que significa que, com o CCP, o contrato de concessão de serviços públicos passou a estar sujeito ao rigoroso regime procedimental imposto pelas Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE para os contratos públicos de obras, fornecimento e prestação de serviços, agora vertido na Parte II do CCP, tendo nesta sede o legislador português ido muito para além das exigências comunitárias.

---

<sup>112</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 268 e 269.

Mas o legislador não se ficou pela codificação da disciplina aplicável à formação dos contratos públicos, dedicando a Parte III do CCP ao regime substantivo dos contratos administrativos<sup>113</sup> – e, em particular, o Capítulo II do Título II desta Parte III à disciplina jurídica aplicável aos contratos de concessão de obras e de serviços públicos.

Como é referido, também, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, *o CCP contém, pela primeira vez em Portugal, uma disciplina geral sobre concessões de obras públicas e de serviços públicos (...). A regulamentação em causa inspira-se amplamente na prática contratual existente entre nós neste domínio, solidificada sobretudo desde o início dos anos 90 do século passado. Porém, aqui com uma preocupação de adequação às técnicas, hoje em dia comuns, de project finance, acquisition finance e asset finance.*

Neste quadro, encontramos no CCP o primeiro conceito normativo de contrato de concessão de serviços públicos, definido no artigo 407.º, n.º 2, como *o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público.*

Preceito que, se pressupõe uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, uma vez que sem risco não há concessão<sup>114</sup>, não deixa de preservar a autonomia das partes para a disciplina específica de cada relação concessória<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> A qual, por sua vez, se divide num Título I, com um núcleo de normas comuns a todos os contratos que revestem a natureza de contrato administrativo, e num Título II, com a disciplina jurídica aplicável a certos tipos contratuais em particular, designadamente, à empreitada de obras públicas, à concessão de obras públicas, à concessão de serviços públicos, à aquisição e locação de bens móveis e à aquisição de serviços.

<sup>114</sup> Como se conclui do confronto com outros preceitos do CCP, como os artigos 410º, n.º 1, 413º e 416º. Neste sentido, cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., pp. 455 e 456; LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., pp. 546 e 547; FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”..., cit., pp. 379 e 380; PEDRO SIZA VIEIRA, “Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviços Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 64, Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2007, cit., pp. 48 a 52; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2011, cit., pp. 572 e 573; JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 2ª Ed., Coimbra,



Efetivamente, a concessão de serviços públicos dos nossos dias é uma *concessão com um novo rosto*<sup>116</sup>, uma concessão que reveste alta complexidade, sendo possível, e até normal encontrar contratos de concessão com perfis de risco muitíssimo diferentes do perfil clássico<sup>117</sup>. Como bem refere MARIA EDUARDA AZEVEDO, a *transferência integral de todo o risco envolvido*<sup>118</sup> passa a admitir cenários de otimização da gestão do risco global de acordo com as características do projeto, aceitando diferentes graus de partilha do risco<sup>119</sup>, podendo falar-se numa lógica de *alocação ótima do risco contratual*<sup>120</sup>.

Considerando o objeto do presente trabalho, alguns aspetos do regime substantivo do contrato de concessão de serviços públicos serão objeto de análise mais adiante. Para já, como ideia chave a retirar deste excursus pela evolução do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Nacional, fica a de uma metamorfose deste contrato ao longo dos tempos, em especial no que respeita ao papel da assunção do risco pelo concessionário enquanto elemento essencial da sua fisionomia. Metamorfose que, de resto, acompanha a evolução do próprio modelo de Estado – com conceções bem diferentes ao nível do papel dos particulares na prossecução das tarefas públicas, as quais são determinantes para a compreensão do papel da concessão em cada momento – e que, na viragem do século, culminou numa redescoberta do contrato de concessão.

Por fim, uma nota para a necessidade de transposição das Diretivas 2014/23/UE, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>121</sup>, 2014/24/UE, *relativa aos*

---

Almedina, 2009, cit., p. 961; PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 52.

<sup>115</sup> Como, aliás, é declarado pelo legislador no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

<sup>116</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 455.

<sup>117</sup> LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 547.

<sup>118</sup> Traço de regime típico da clássica concessão de serviços públicos herdada do Estado Liberal.

<sup>119</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 456.

<sup>120</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 178 a 181.

<sup>121</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

*contratos públicos*<sup>122</sup>, e 2014/25/UE, *relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*<sup>123</sup>, que se avizinha<sup>124</sup>.

Concretamente no que respeita à Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*, a verdade é que o legislador nacional já se havia antecipado, em muito, face ao legislador comunitário, pelo que muitas das soluções atualmente previstas acabam por ir de encontro às que são, agora, impostas pela *Diretiva Concessões*. Neste momento, ainda não é conhecido o anteprojeto de diploma tendente à revisão do CCP. Cumpre aguardar.

---

<sup>122</sup> Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE*.

<sup>123</sup> Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE*.

<sup>124</sup> Através do Despacho n.º 2969/2015 dos Ministros da Presidência e dos Assuntos Parlamentares e da Economia, da Secretária de Estado do Tesouro e dos Secretários de Estado da Administração Pública e das Infraestruturas, Transportes e Comunicações, de 17 de março de 2015, publicado em Diário da República, 2.ª Série, N.º 58, de 24 de março de 2015, foi constituído um grupo de trabalho com o objetivo de elaborar e apresentar ao Governo, até 31 de maio de 2015, o anteprojeto de diploma que transpõe para a ordem jurídica interna as novas diretivas em matéria de contratação pública.

Já no mandato do XXI Governo Constitucional, seguiu-se o Despacho n.º 3290/2016 do Secretário de Estado das Infraestruturas, de 18 de janeiro de 2016, publicado em Diário da República, 2.ª Série, N.º 44, de 3 de março de 2016, que criou uma Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos, tendo por objetivo a transposição para a ordem jurídica interna das mencionadas diretivas, bem como alterações ao regime vigente, até 21 de fevereiro de 2016.

Na presente data, este novo pacote de diretivas em matéria de contratação pública encontra-se, ainda, em processo de transposição.

## Capítulo III – O Contrato de Concessão de Serviços Públicos

### 1. Considerações Gerais

Não sendo novo entre nós, o contrato de concessão de serviços públicos permite associar o setor privado à prossecução de tarefas públicas – designadamente, à prestação de serviços públicos –, sendo manifestação do fenómeno de *privatização-colaboração* da Administração Pública<sup>125-126</sup>.

Retomando a noção legal constante do artigo 407.º, n.º 2, do CCP, *supra* citada, o contrato de concessão de serviços públicos é atualmente definido como *o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público*. Noção que pouco se afasta da atualmente prevista no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>127</sup>, que define o contrato de concessão de serviços públicos como *um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras referida na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*.

Assente na ideia chave de que, ao abrigo deste contrato, um particular vai investir o seu capital e pôr (ou apenas manter) um determinado serviço público a funcionar, cobrando aos utentes a respetiva taxa ou recebendo uma outra forma de

---

<sup>125</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 36.

<sup>126</sup> Seguindo aqui PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, cit., pp. 36 a 41, a privatização, sendo suscetível de comportar múltiplas aceções, pode ser encarada como o *fenómeno de conferir a pessoas singulares ou coletivas privadas a gestão ou a exploração de determinadas tarefas administrativas desenvolvidas por serviços públicos, designadamente de tarefas de prestação, de polícia ou de fomento*, mantendo o Estado a responsabilidade última pelo efetivo e eficiente funcionamento dessas tarefas.

<sup>127</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

remuneração adequada, até ver amortizado o investimento inicial que fez, podendo tal serviço ser recuperado pela Administração<sup>128</sup>, a noção legal de contrato de concessão de serviços públicos é suficientemente elástica para acolher múltiplos figurinos, de conteúdo diverso e muito distinto<sup>129</sup>.

Porém, não deixa de ser possível identificar denominadores comuns a qualquer contrato de concessão de serviços públicos, como se passará a expor.

Partindo da noção legal de contrato de concessão de serviços públicos contida no artigo 407.º, n.º 2, do CCP, é possível apresentar esta figura, desde logo, como uma aplicação da técnica concessória – afinal de contas, está em causa uma concessão.

Assentando sempre num ato constitutivo<sup>130</sup>, a concessão administrativa acomoda-se essencialmente a duas aplicações, em função da diversidade dos direitos concedidos: (i) à atribuição do direito de utilização privativa de bens públicos e/ou (ii) à atribuição do direito de exploração, gestão ou exercício de atividades públicas. De comum têm o facto de criarem, na esfera do concessionário, um direito que deriva de uma posição da Administração, que pode ser um direito de propriedade pública ou um direito sobre uma atividade pública<sup>131</sup>.

Neste quadro, o contrato de concessão de serviços públicos surge como uma aplicação da técnica concessória, como forma de atribuição do direito de exercício de uma atividade pública, a par com outras figuras, como o contrato de concessão de obras públicas. O que lhe imputa, desde logo, duas características fundamentais: a *constitutividade*, na medida em que, em qualquer caso, o concessionário beneficia

---

<sup>128</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., pp. 572 e 573.

<sup>129</sup> PEDRO SIZA VIEIRA, “Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviços Públicos”..., cit., 49. No mesmo sentido, cfr. FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”..., cit., pp. 411 e 412.

<sup>130</sup> Seguindo, aqui, a lição de PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 54 e 55, a concessão administrativo é sempre um ato constitutivo, na medida em que cria para o destinatário um direito (ainda que temporário) que deriva de um direito ou poder prévio da Administração. Com efeito, uma concessão pode albergar (i) ou a transferência de um direito da Administração concedente para o concessionário, falando-se em *concessões translativas*; (ii) ou a criação de um direito a partir de um poder da Administração concedente e a sua atribuição ao concessionário, falando-se em *concessões constitutivas*. Sendo que, em qualquer caso, a concessão administrativa implica a criação de uma situação jurídica nova na esfera do concessionário, consubstanciando um ato constitutivo.

<sup>131</sup> *Idem*, cit., pp. 55 e 56.

de um direito novo, que não existia na sua esfera jurídica; e a *derivação*, porquanto o direito adquirido pelo concessionário deriva de uma posição prévia da Administração<sup>132</sup>.

Tais características, comuns a qualquer contrato de concessão, permitem justificar, desde logo, alguns traços de regime do contrato de concessão de serviços públicos, associados ao caráter temporário<sup>133</sup> e precário<sup>134</sup> do direito concedido. E concretamente no que respeita aos poderes da Administração contratante, cabe assinalar: se o poder de conformação da relação contratual não é exclusivo do contrato de concessão de serviços públicos, *é justamente neste tipo contratual que tal poder se compreende melhor*<sup>135</sup>. O que se entende, atenta a configuração do contrato de concessão e o interesse público subjacente à atribuição de direitos sobre objetos públicos, *in casu*, sobre serviços públicos<sup>136</sup>.

Ainda com base na noção legal de contrato de concessão de serviços públicos constante do artigo 407.º, n.º 2, do CCP, é possível apresentar esta figura como um

---

<sup>132</sup> *Idem*, cit., pp. 54 e 55.

<sup>133</sup> *Idem*, cit., pp. 70 e 71, apontando como elemento central do regime jurídico de qualquer concessão o seu caráter temporário. Consubstanciando uma forma de colaboração na prossecução de tarefas públicas, a concessão não atribui um direito perpétuo ao concessionário. Neste ponto, dispõe o artigo 410.º, n.º 1, do CCP, que *o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*, fixando no n.º 2 um prazo máximo de 30 anos, na falta de estipulação das partes.

<sup>134</sup> *Idem*, cit., p. 71, explicando que *enquanto atribuição de direitos sobre “objetos públicos” a organizações não pertencentes à Administração Pública (...), tal técnica, só é legítima e pensável num Estado de direito democrático na medida em que a Administração esteja em posição de proceder a uma permanente avaliação da compatibilidade da concessão com o interesse público e de, na eventualidade de concluir pela ausência de sentido da concessão, extinguir os respetivos efeitos jurídicos*. Note-se que, apesar da referência à possibilidade de *rescisão da concessão*, reconduzível ao poder de resolução unilateral atualmente previsto nos artigos 302.º, alínea d), e 334.º do CCP, outros poderes, igualmente vocacionados para assegurar a efetiva primazia do interesse público, materializam esta ideia de *direito precário* ou *enfraquecido* do concessionário, como os poderes de sequestro e de resgate do contrato de concessão, previstos nos artigos 421.º e 422.º do CCP, respetivamente.

<sup>135</sup> *Idem*, cit., p. 255.

<sup>136</sup> Neste sentido, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 492, referindo que *o poder de modificação unilateral das prestações está intimamente ligado ao princípio da prossecução do interesse público, subjacente ao contrato público, o qual implica simultaneamente uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade*; bem como CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública I*, Número Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, cit., p. 532, afirmando que *recusado por alguns, circunscrito aos contratos de concessão de serviços públicos por outros, o poder de modificação unilateral é atualmente radicado no poder/dever irrenunciável de avaliação estratégica das prioridades de interesse público por parte da Administração...*

contrato administrativo, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 1.º, n.º 6, do CCP – quer porque está em causa um contrato que, por força do CCP, é submetido a um regime substantivo de direito público; quer porque se trata de um contrato com objeto passível de ato administrativo; quer porque é um contrato que confere ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas; quer porque é um contrato a que a lei submete a um procedimento de formação regulado por normas de direito público; quer, ainda, porque a prestação do co-contratante pode condicionar, ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público<sup>137</sup>.

E sendo um contrato administrativo, o contrato de concessão de serviços públicos está, por força do disposto no artigo 1.º, n.º 5, do CCP, sujeito ao regime constante da Parte III deste Código, com as especificidades constantes dos artigos 407.º e seguintes.

Neste quadro, o contrato de concessão de serviços públicos apresenta-se como um instrumento voluntário de criação de direitos e de deveres para as partes, constituindo uma relação jurídica entre concedente e concessionário, cada um titular de posições ativas e passivas, conexas entre si<sup>138</sup>. Ao que acresce um acervo de poderes unilaterais, essencialmente vocacionados para assegurar a efetiva primazia do interesse público, a que correspondem as respetivas sujeições do concessionário<sup>139</sup>.

Enquanto instrumento contratual, o contrato de concessão de serviços públicos implica, assim, a criação de uma teia complexa de direitos e deveres, a que crescem poderes e sujeições, orientada essencialmente por dois vetores: por um lado, o interesse público subjacente à gestão de um serviço público, justificativo dos poderes de conformação da relação contratual atribuídos à Administração

---

<sup>137</sup> Sobre os critérios identificadores do contrato administrativo, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, 2.ª Ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009, cit., pp. 285 a 294.

<sup>138</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 236.

<sup>139</sup> De destacar, desde logo, o pacote de poderes unilaterais ao dispor da Administração contratante previsto no artigo 302.º do CCP, de direção, de fiscalização, de modificação unilateral, de sanção e de resolução unilateral.

concedente, e, por outro lado, a necessária autonomia na gestão desse serviço, pressuposto da responsabilidade do concessionário pelos resultados financeiros dessa gestão, elemento essencial do contrato de concessão de serviços públicos, como se melhor se verá *infra*<sup>140</sup>.

## 2. Funções do Contrato de Concessão de Serviços Públicos

Considerando todo o exposto, são várias as funções que o contrato de concessão de serviços públicos pode desempenhar, sendo de destacar essencialmente cinco.

Desde logo, e conforme se adiantou *supra*<sup>141</sup>, o contrato de concessão de serviços públicos assume uma função simultaneamente *constitutiva* e *translativa*. Constitutiva, porquanto cria a favor do concessionário um direito a gerir uma atividade de serviço público em seu próprio nome, durante um certo prazo – o que significa que o concessionário não é, por norma<sup>142</sup>, um órgão administrativo, como também não gere o serviço público concedido em nome da Administração<sup>143</sup>. E translativa, uma vez que o direito à gestão do serviço público concedido corresponde a uma faculdade integrada no direito sobre o serviço público que a Administração detinha, então autonomizada e transferida para o concessionário<sup>144</sup>.

O contrato de concessão de serviços públicos desempenha, também, uma função organizatória, na medida em que é expressão do exercício de um poder organizatório, materializado na decisão de conceder<sup>145</sup>.

Quando o concessionário seja uma pessoa coletiva privada, a decisão de conceder implica uma privatização da gestão e exploração de tarefas administrativas,

---

<sup>140</sup> V. *infra*, Capítulo III, ponto 3.4.

<sup>141</sup> V. *supra*, Capítulo III, ponto 1.

<sup>142</sup> Tradicionalmente, o concessionário é uma pessoa coletiva privada que, através do contrato de concessão de serviços públicos então celebrado, colabora com a Administração na prossecução de tarefas públicas. Não obstante, casos há em que o concessionário é uma pessoa coletiva pública, isto é, um órgão administrativo.

<sup>143</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 117 a 119.

<sup>144</sup> *Idem*, cit., pp. 119 a 121. Cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 447.

<sup>145</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 121.

traduzindo uma forma de intervenção participativa dos particulares na gestão de estruturas administrativas<sup>146</sup>. O contrato de concessão de serviços públicos implica a partilha de uma responsabilidade que, noutras circunstâncias, a Administração teria assumido integralmente, sendo esta responsabilidade desconcentrada no concessionário, que passa a ser um centro de imputação de atividades administrativas<sup>147</sup>.

Conexa com a anterior, outra das funções assumidas pelo contrato de concessão de serviços públicos é a de colaboração entre a Administração e o setor privado, quando o concessionário seja uma pessoa coletiva privada<sup>148</sup>. A este propósito fala-se em *privatização-colaboração*, traduzida frequentemente na constituição de relações jurídico-administrativas com os particulares, *maxime*, na celebração de contratos administrativos, como o de concessão de serviços públicos<sup>149</sup>.

Outra função, historicamente apontada a este contrato, consiste na contrapartida da Administração infraestrutural.

A concessão de serviços públicos, sobretudo quando atribuída a pessoas privadas, é muitas vezes um modo de mobilizar capitais privados para a realização de investimentos em infraestruturas públicas. Como decorre já do exposto, o recurso a formas de colaboração com o setor privado, onde avultam as concessões, *torna possível a confluência entre a rentabilidade socioeconómica e a rentabilidade das infraestruturas promovidas pelo Estado*, numa lógica de complementaridade recíproca entre este e o mercado<sup>150</sup>.

Por fim, o contrato de concessão de serviços públicos pode desempenhar uma função reguladora de uma relação jurídica entre o concedente e o concessionário, quando, fruto do fenómeno de atração das empresas para a *órbita do mundo*

---

<sup>146</sup> PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública...*, cit., p. 50.

<sup>147</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., pp. 124 e 125.

<sup>148</sup> *Idem*, cit., p. 126.

<sup>149</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 37.

<sup>150</sup> *Idem*, cit., pp. 40 e 41.



*administrativo*<sup>151</sup> do Estado Social, a empresa concessionária pertença ao ente público concedente<sup>152</sup>. Nestes casos, o contrato de concessão, *ao invés de representar um instrumento de privatização material da execução de uma atividade pública, equivale, antes, a uma espécie de contrato interadministrativo*<sup>153</sup>. Note-se, porém, que o facto de a concessão de serviços públicos não desempenhar as suas funções habituais, de colaboração entre os setores público e privado e de financiamento, não descarateriza a sua essência. Nestes casos, o recurso à técnica concessória afigura-se inclusivamente útil, porquanto define o regime aplicável às relações entre o titular do serviço e o respetivo gestor.

### **3. Elementos Essenciais do Contrato de Concessão de Serviços Públicos**

Feita a apresentação do contrato de concessão de serviços públicos e das funções que este pode assumir, cumpre individualizar cada um dos seus elementos essenciais, tomando por base as noções legais constantes do artigo 407.º, n.º 2, do CCP e do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>154</sup>.

#### **3.1. Sujeitos**

A relação de concessão de serviços públicos estabelece-se, em regra, entre dois sujeitos, o concedente e o concessionário.

No que respeita ao concedente, este é, em regra, uma pessoa coletiva pública, titular de um serviço público, a quem a lei atribui um poder organizatório para conferir a respetiva gestão a uma outra entidade<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 545. Sobre este *fenómeno*, V. *supra*, Capítulo II, ponto 2.

<sup>152</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., pp. 128 e 129.

<sup>153</sup> LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., pp. 545 e 546.

<sup>154</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

<sup>155</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 131.

No entanto, em face da *privatização das formas organizativas da Administração*<sup>156</sup>, ou *privatização formal*<sup>157</sup>, o concedente não tem de ser necessariamente uma pessoa coletiva de Direito Público. Pode ser uma pessoa coletiva de Direito Privado, como sucede, por exemplo, no setor portuário, em que os concedentes dos serviços públicos de movimentação de cargas são sociedades anónimas<sup>158</sup>.

Por sua vez, o concessionário, tradicionalmente identificado com uma pessoa coletiva de Direito Privado, de capitais exclusivamente privados, pode hoje ser também uma pessoa coletiva de Direito Público, ou uma pessoa coletiva de Direito Privado em mão pública ou em que a entidade concedente detém uma posição de privilégio. São várias as possibilidades. Imperativo é que, nos termos do disposto no artigo 411.º do CCP, o concessionário tenha *por objeto social exclusivo, ao longo de todo o período de duração do contrato, as atividades que se encontram integradas na concessão*.

Ainda a propósito dos sujeitos do contrato de concessão de serviços públicos, sempre se poderá fazer menção aos utentes que, não obstante não serem partes no contrato e, portanto, verdadeiros *sujeitos*, têm o direito ao cumprimento dos deveres do concessionário, que *substitui a Administração nas relações com o público*<sup>159</sup>. Por esse motivo, o concessionário deve prestar o serviço público concedido em condições de continuidade e regularidade, igualdade e adaptação às necessidades dos utentes, nos termos do artigo 429.º do CCP. Ao que acresce o

---

<sup>156</sup> PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública...*, cit., p. 40, que entende poder falar-se em *privatização das formas organizativas da Administração (...) sempre que uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito público é transformada em pessoa coletiva de direito privado, observando-se aqui um fenómeno de privatização da respetiva forma de organização jurídica (...)*. Relembrando que *a simples transformação de entidades públicas empresariais em sociedades anónimas, isto é, em pessoas coletivas de direito privado, desde que a maioria ou a totalidade do respetivo capital continue a permanecer na titularidade de uma entidade pública, nunca comportará qualquer fenómeno de privatização do bem de produção que, deste modo, continuará integrado no setor público empresarial*.

<sup>157</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 106, que situa este fenómeno no final dos anos 90. Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga Para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1996, cit., p. 47, que, a propósito do movimento de privatização, associado à *crise do Estado Social*, fala no *novo rosto da Administração Pública*.

<sup>158</sup> PEDRO MELO, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, "As Concessões no Sector Portuário – Algumas Reflexões", in *O Direito*, Ano 143.º (2011) II, Coimbra, Almedina, 2011, cit., pp. 426 e 227. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., p. 132.

<sup>159</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., pp. 130 e 131.

necessário cumprimento de um conjunto de obrigações previstas na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, quando o serviço público concedido consubstancie um serviço público essencial, nos termos e para os efeitos desse diploma<sup>160</sup>.

Isto independentemente de o contrato de concessão de serviços públicos poder ter por objeto um serviço sem utentes *uti singuli*, como é o caso do serviço público de televisão ou de radiodifusão.

### 3.2. Objeto

O segundo elemento essencial a identificar respeita ao objeto do contrato, que consiste na gestão de um serviço público, *uma tarefa administrativa de prestação, que não deve confundir-se com outras tarefas da Administração, como sejam as tarefas de polícia ou regulação, de fomento ou promoção, de planeamento ou de infraestrutura*<sup>161</sup>.

Centrado no conceito de prestação, o serviço público pode caracterizar-se, *grosso modo*, como uma atividade administrativa económica, social ou cultural, de carácter positivo, de natureza técnica e não jurídica, e que satisfaz, direta ou indiretamente, necessidades coletivas dos indivíduos<sup>162</sup>.

O contrato de concessão de serviços públicos pode ter por objeto a gestão de serviços de interesse geral, entendendo-se como tais os que satisfaçam *necessidades básicas da generalidade dos cidadãos quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos*<sup>163</sup>. Não sendo fácil estabelecer *uma fronteira entre os serviços*

---

<sup>160</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que inclui no seu âmbito de aplicação objetivo os seguintes serviços de interesse geral: fornecimento de água, fornecimento de energia elétrica, fornecimento de gás natural e de gases de petróleo liquefeitos canalizados, comunicações eletrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais e gestão de resíduos sólidos urbanos.

<sup>161</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, cit., pp. 36 e 37.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, cit., p. 17.

*que são essenciais e os que não o são*<sup>164</sup>, importa salientar a sua sujeição a um conjunto de princípios que se refletem no modo como devem ser prestados e, por conseguinte, no *modus operandi* dos concessionários desses serviços – os *princípios do serviço universal*<sup>165</sup>. Ao que acresce a sujeição a um conjunto de obrigações previstas na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, *supra* citada, quando esteja em causa a concessão de um dos serviços de interesse geral aí expressamente consagrados como *serviços públicos essenciais*.

### 3.3. Remuneração

O terceiro elemento do contrato de concessão de serviços públicos – menos pacífico ao longo da sua evolução<sup>166</sup> – é o da remuneração do concessionário.

Sendo o contrato de concessão de serviços públicos um contrato oneroso, a discórdia reside, não na existência de uma remuneração do concessionário, mas na forma que esta assume. Se tradicionalmente o concessionário era remunerado unicamente pelas taxas cobradas aos utentes do serviço concedido, a prática de preços sociais<sup>167</sup> e políticos<sup>168</sup> conduziu a uma concomitante solidariedade do concedente, traduzida em prestações económico-financeiras pagas ao concessionário.

---

<sup>164</sup> *Idem*, cit., pp. 17 e 18, apontando, como serviços de interesse geral, o fornecimento de energia elétrica, as telecomunicações, os serviços postais, os serviços de rádio e de televisão, o fornecimento de água, o fornecimento de gás, os transportes coletivos, os serviços de saúde, a segurança social, a educação, a cultura e os serviços de interesse geral relacionados com a autoridade pública.

<sup>165</sup> *Idem*, cit., pp. 27 a 33, destacando, enquanto *princípios do serviço universal no âmbito dos serviços de interesse geral*, a universalidade ou acessibilidade, a igualdade, a continuidade, a adaptabilidade, a qualidade e segurança, a livre concorrência, a participação ativa das organizações representativas dos consumidores, a transparência e a resolução alternativa de conflitos.

<sup>166</sup> V. *supra*, Capítulo II.

<sup>167</sup> A este propósito, não é despidendo o princípio (do serviço universal) da universalidade ou acessibilidade a que a prestação dos serviços de interesse geral está vinculada. Como corolário deste princípio, o acesso aos serviços de interesse geral deverá ser feito a um preço acessível, uma vez que o preço do serviço é um dos principais fatores potenciais de exclusão dos cidadãos. Cfr. RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal...*, cit., pp. 27 e 28; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., pp. 1126 e 1127.

<sup>168</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., pp. 1126 e 1127; JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos...*, cit., p. 971.

Conferindo base legal a uma prática que há muito vigora, a noção de contrato de concessão de serviços públicos constante do artigo 407º, n.º 2, do CCP admite, assim, a remuneração do concessionário *pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público*<sup>169</sup>. Noção que é *compatível, tanto com contratos em que a remuneração do concessionário fica exclusivamente a cargo dos utentes, como com contratos em que a totalidade da remuneração seja devida pela Administração Pública co-contratante, como com situações em que pode haver uma combinação de ambas as modalidades*<sup>170</sup>. Essencial é que, nos termos do artigo 416º do CCP, as prestações económico-financeiras recebidas do concedente *não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário*.

### 3.4. Transferência do Risco

O quarto elemento essencial a identificar – também pouco pacífico ao longo da evolução do contrato de concessão de serviços públicos – é o da transferência do risco para o concessionário<sup>171</sup>.

Qualquer contrato administrativo envolve, em maior ou menor medida, e *em condições normais, um risco para as partes que, procurando benefícios, poderão não os encontrar e, até, conhecer perdas, porventura totais*<sup>172</sup>. No contrato de concessão de serviços públicos este risco deverá ser essencialmente assumido por uma das partes, exigindo-se uma significativa transferência do risco para o concessionário.

---

<sup>169</sup> De igual modo, o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*, refere que a contrapartida do contrato de concessão de serviços públicos consiste, *quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*.

<sup>170</sup> PEDRO SIZA VIEIRA, “Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviços Públicos” ..., cit., p. 50.

<sup>171</sup> V. *supra*, Capítulo II.

<sup>172</sup> LINO TORRAL, “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 1, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2011, cit., p. 248.

Esta exigência decorre, desde logo, da noção legal contida no artigo 407.º n.º 2, do CCP e surge reforçada no artigo 413.º do CCP, que expressamente determina que *o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário*.

Assim, a concessão implica a transferência temporária da gestão de um serviço público para concessionário, mas por sua conta e risco<sup>173</sup>. Se a gestão do serviço público objeto do contrato for deficitária, as consequências negativas recairão exclusivamente sobre o concessionário, mas, se for bem-sucedida, este poderá, naturalmente, aproveitar as consequências positivas dessa gestão<sup>174</sup>.

Deste modo, ainda que possa haver lugar a uma remuneração direta pelo contraente público, é imperativo que essas prestações económico-financeiras *não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário*<sup>175</sup>.

O próprio prazo de vigência do contrato de concessão de serviços públicos deverá ter em consideração a significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, dispondo o artigo 410.º, n.º 1, do CCP, que *o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*.

A mesma exigência de transferência do risco ao abrigo do contrato de concessão de serviços públicos decorre da noção legal constante da Diretiva 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos...*, cit., p. 967.

<sup>174</sup> JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, “Riesgo y Ventura en la Concesión de Obra Pública”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N.º 7 – 2.º Semestre 2004, 2004, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19682&dsID=Obra.pdf>, 2016, cit., p. 185.

<sup>175</sup> Cfr. Artigo 416º do CCP.

<sup>176</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

Recorde-se que, nos termos do disposto no 1.º parágrafo da alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva, a concessão de serviços implica a atribuição da *gestão de serviços distintos da execução de obras referida na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*. Clarificando-se no 2.º parágrafo deste artigo que *a adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos*.

A Diretiva 2014/23/UE vai ainda mais longe que o CCP, ao dispor, no mesmo preceito, que se considera que *o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes*.

O contrato de concessão de serviços públicos implica, assim, uma significativa e efetiva transferência do risco, o que significa que o grosso dos riscos do contrato deve ser assumido pelo concessionário.

Porém, essa transferência não tem de ser global. Não se exige uma alocação de todos os riscos, mas tão só de parte significativa, aceitando-se *diferentes graus de partilha do risco*, numa lógica de *otimização da gestão do risco global de acordo com as características do projeto*<sup>177</sup>.

Neste sentido depõe o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, aplicável quando o instrumento de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados, no quadro de uma parceria público-privada, seja um

---

<sup>177</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 456.

contrato de concessão de serviços públicos<sup>178</sup>, ao impor, no seu artigo 7.º, n.º 1, alínea a), que os diferentes riscos inerentes à parceria sejam *repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos*<sup>179</sup>.

Assim, como afirma PEDRO MELO, *a distribuição dos riscos entre concedente e concessionário deve ser efetuada de forma judiciosa e orientada por um critério funcional: a capacidade de gestão de riscos de cada uma das partes*<sup>180</sup>; pelo que só se for prosseguido o objetivo de alocar o risco em atenção a quem o pode controlar e gerir melhor, é que se concorre para a salvaguarda do equilíbrio comutativo das prestações contratuais e para uma maior eficiência do projeto concessionado<sup>181</sup>.

Entendimento partilhado por MARIA EDUARDA AZEVEDO que, destacando precisamente a influência dos esquemas de *Private Finance Initiative* na técnica concessória, refere serem *agora admissíveis estruturas de transferência e partilha de riscos no quadro da concessão, não implicando necessariamente a passagem do risco de procura ou de mercado para o concessionário, bem como a cobrança dos serviços prestados aos utilizadores*<sup>182</sup>. O concessionário pode, por exemplo, ser remunerado por pagamentos públicos regulares, em função da disponibilidade do serviço, assumindo antes o risco disponibilidade.

Fundamental é que a partilha do risco no âmbito do contrato de concessão de serviços públicos se traduza numa significativa e efetiva transferência do risco

---

<sup>178</sup> Cfr. artigo 2.º, n.º 4, alínea b), do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

<sup>179</sup> Além desta regra de repartição do risco entre as partes de uma parceria público-privada, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, contém ainda outras regras de partilha de riscos, que merecem menção. Nos termos do disposto no n.º 1 deste artigo, *a partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados deve estar claramente identificada contratualmente e obedece às seguintes regras: a) Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos; b) O estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado; c) A criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada; d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.*

<sup>180</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 179.

<sup>181</sup> *Idem*, cit., pp. 180 e 181.

<sup>182</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, cit., pp. 456 e 457, concluindo que *a nova fisionomia da concessão de serviços públicos identifica-se, de forma nítida, com o modelo padrão da PFI/PPP*. No mesmo sentido, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 121; LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Atividades Públicas e Direito de Exclusivo” ..., cit., pp. 547 e 548.



para o concessionário, *conditio sine qua non* deste tipo contratual, como se retira, de forma cristalina, das noções legais *supra* citadas.

## Capítulo IV – O Risco, a Imprevisão e a Crise

### 1. Risco e Imprevisão

Para uma adequada compreensão da partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos – e do que significa, afinal, uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário – é indispensável que se apure, primeiro, um conceito jurídico operativo de risco. O que se entende, então, por risco?

Etimologicamente, a palavra risco pode constituir uma derivação das expressões latinas *rixare* (querela) ou *resecare* (cortar ou separar), sendo igualmente admissível a sua aproximação à expressão grega *rhizikon* (acaso)<sup>183</sup>.

Surgindo *frequentemente envolto numa penumbra semântica*<sup>184</sup>, o risco é um dos conceitos com maior número de aplicações na *dogmática jurídica*<sup>185</sup>, verificando-se um esforço da doutrina no sentido da sua delimitação.

A este propósito, MENEZES CORDEIRO refere-se de modo amplo aos *riscos próprios do contrato* como sendo *apenas aquelas pequenas flutuações do dia-a-dia, que ao concessionário compete gerir*<sup>186</sup>.

Igualmente em moldes gerais, JOANA GUEDES fala em risco como *o output ou a consequência de qualquer atividade ou decisão [que] não sejam certos, revestindo de incerteza a atividade ou a decisão a tomar, razão pela qual as empresas deverão perspetivar o risco como uma variável que, naturalmente, está sempre presente nas*

---

<sup>183</sup> NUNO AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação – Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009, cit., pp. 20 e 21.

<sup>184</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 61.

<sup>185</sup> NUNO AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação...*, cit., p. 20.

<sup>186</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, Coimbra, Almedina, 2007, cit., p. 111.

*suas atividades e decisões diárias, devendo concentrar todos os seus esforços na otimização da gestão do mesmo e não em formas de o evitar*<sup>187</sup>.

Na mesma linha, para FELIPE STARLING, *a noção de risco contratual significa ter em conta possíveis acontecimentos futuros que possam de alguma forma modificar a situação fáctica e jurídica em que se deu o acordo de vontades, proporcionando várias consequências durante a execução do contrato, como exemplo a elevação dos seus custos*<sup>188</sup>.

Por sua vez, NUNO AURELIANO sustenta que *o risco deve ser equacionado enquanto sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial, que, em termos genéricos, se identifica com a eventualidade de uma situação jurídica desfavorável*<sup>189</sup>.

Igualmente enfatizando os resultados negativos associados ao risco, CARLA AMADO GOMES afirma que *o risco se desdobra em dois elementos: a probabilidade de ocorrência de um evento, por um lado, e o potencial lesivo deste, por outro lado*<sup>190</sup>.

Numa outra abordagem, admitindo que a assunção de um risco pode também resultar numa situação benéfica para quem o assumiu, PEDRO MELO define o risco como *um evento incerto, mas previsível e de efeitos positivos ou negativos*<sup>191</sup>, entendimento subscrito *in totum* por ALEXANDRA LEITÃO<sup>192</sup> e que parece ser o

---

<sup>187</sup> JOANA GUEDES, “Parcerias Público-Privadas e a Distribuição do Risco”, 2011, <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8667/1/PARCERIAS%20P%C3%A9BLICO%20PRIVADAS%20E%20A%20DISTRIBUI%C3%A7%C3%A3O%20DO%20RISCO.pdf>, 2012, cit., pp. 14 e 15.

<sup>188</sup> FELIPE MOREIRA DOS SANTOS STARLING, *O Significado da Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, cit., p. 25.

<sup>189</sup> NUNO AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação...*, cit., p. 23. Ainda de acordo com NUNO AURELIANO, *idem*, cit., pp. 66 a 69, *o risco é considerado como simples expressão negativa de uma situação jurídica de incerteza ou como “perigo de um mal”, dele se distinguindo a álea, objeto de uma consideração bipolar, podendo a sua concretização traduzir-se numa situação jurídica de vantagem para um dos sujeitos do vínculo contratual.*

<sup>190</sup> CARLA AMADO GOMES, “Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente”, 2007, [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/cg\\_MA\\_17157.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_MA_17157.pdf), 2013, cit., p. 152.

<sup>191</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 74.

<sup>192</sup> ALEXANDRA LEITÃO, “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, 2012, [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt\\_das\\_circ\\_contratuais-2.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt_das_circ_contratuais-2.pdf), 2013,

mais adequado. Como aponta MARCELLO CAETANO a propósito do contrato de concessão de serviços públicos, o risco assumido pelo concessionário envolve o *risco de lucrar ou perder na exploração*<sup>193</sup>, comportando, pois, efeitos positivos e negativos.

Dos vários contributos doutrinários, a primeira conclusão que cumpre retirar é, assim, a de que o risco está associado à ocorrência de um evento incerto – incerto quanto à verificação, quanto ao tempo e quanto ao modo. Como refere PEDRO MELO, o risco deve ser encarado como *uma situação de facto juridicamente relevante cuja ocorrência é contingente, aleatória, isto é, pode ou não verificar-se (“incertus an”), a verificar-se não se conhece o momento exato (“incertus quando”), acrescendo que, a ocorrer, não se vislumbram com exatidão as suas consequências (“incertus quanto”)*<sup>194-195</sup>.

Ainda que esteja associado a um evento incerto, percebe-se, no entanto, que o risco tem de ser minimamente equacionável pelas partes, tem de ser previsível. Como salienta MENEZES CORDEIRO, *ao contratar, cada parte submete-se a um fator de insegurança*<sup>196</sup>. Porém, *o risco daí adveniente, a determinar pela interpretação do contrato, pelos costumes do tráfego, pelas condições contratuais gerais e pela lei, é uma realidade conhecida pelas partes*<sup>197</sup>.

---

cit., p. 6, afirmando que *o risco pode definir-se como um evento incerto, mas previsível (senão subsumir-se-ia na figura da alteração das circunstâncias) e que pode ser positivo ou negativo*.

<sup>193</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., p. 1100. Na mesma linha, tomando como exemplo as concessões municipais de distribuição de eletricidade, afirmam PEDRO GONÇALVES, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, cit., p. 48: (...) *se ela [a utilização do serviço prestado pelos utentes] for intensa, se o consumo for grande, o concessionário conseguirá, muito provavelmente, amortizar os investimentos realizados e até obter lucro com a concessão; se, pelo contrário, a utilização for diminuta, o concessionário, com toda a probabilidade, não conseguirá, sequer, amortizar esses investimentos, e sofrerá perdas (económico-financeiras) com a concessão*. Dando vários exemplos de efeitos favoráveis para quem assume o risco, cfr. PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 72 a 74.

<sup>194</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 74.

<sup>195</sup> A propósito da delimitação do conceito de risco, afirma FRANK H. KNIGHT, *Risk Uncertainty and Profit*, Chicago, University of Chicago Press, 1971, cit., p. 198: *...it is our imperfect knowledge of the future, a consequence of change, not change as such, which is crucial for the understanding of our problem*.

<sup>196</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro” ..., cit., p. 64.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

É que, conforme resulta da própria natureza das coisas, *não se podem assumir as consequências de algo que é imprevisível*<sup>198</sup>, só se podendo “correr o risco” de alguma coisa que se prefigura que possa vir a ter lugar, portanto, de alguma coisa verossímil num plano de normalidade<sup>199</sup>. O risco que se corre pode, pois, traduzir-se em efeitos favoráveis ou desfavoráveis. Ponto é que estes, apesar de incertos, sejam previsíveis.

Definido o risco como um evento incerto mas previsível, é possível distingui-lo de duas figuras afins, igualmente perturbadoras da estabilidade contratual – de um lado, do perigo, e de outro, da imprevisão.

Assim, o risco distingue-se, desde logo, do perigo, associado a um evento *incerto e de concretização provável ou inclusivamente muito provável*, tendo em conta juízos de experiência de situações semelhantes, lugares paralelos ou dados factuais ou científicos relativamente seguros<sup>200</sup>. Como refere PEDRO MELO, *se determinado evento não é apenas previsível, mas é igualmente provável, de acordo com juízos de experiência, técnicos, científicos ou outros, já não se deve falar, com propriedade, em risco, mas antes em perigo*<sup>201</sup>.

Traduzindo-se o risco num evento incerto, mas de concretização apenas previsível, compreende-se, assim, que o que o distingue do perigo é a (im)probabilidade. O perigo é de concretização provável ou mesmo muito provável, o risco é improvável.

Parafraseando CARLA AMADO GOMES, *o risco é um perigo pressentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade*<sup>202</sup>.

Sendo um evento incerto de concretização previsível, risco distingue-se, também, da imprevisão.

---

<sup>198</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 74.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> *Idem*, cit., p. 72.

<sup>201</sup> *Idem*, cit., p. 74.

<sup>202</sup> CARLA AMADO GOMES, “Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente” ..., cit., p. 151.

De um modo geral, imprevisão vem associada *quer a factos naturais* (“acts of God”, na sugestiva terminologia anglo-saxónica), como sejam as tempestades, as inundações, as “cheias”, os eventos sísmicos, os maremotos, os ciclones, os raios, ou os incêndios, *quer a atos humanos coletivos*, como sejam os conflitos armados, os motins, os tumultos, ou os atos de terrorismo, *quer ainda a atos de autoridades públicas*, como sejam as nacionalizações, os confiscos, as expropriações, as requisições, ou as intervenções legislativas proibitivas do normal tráfego jurídico de certos bens<sup>203</sup>, entre outros acontecimentos que, por não serem representáveis pelas partes aquando da celebração do contrato, não podem subsumir-se no risco contratualmente assumido.

Nas palavras de MARCELLO CAETANO, trata-se aqui dos *casos*: os casos, além de independentes da vontade dos contraentes, são imprevisíveis no momento da celebração do contrato<sup>204</sup>. Isto pois, embora a sua verificação esteja na ordem das possibilidades, não se sabe se se verificarão ou não no decurso da execução daquele contrato e se, na hipótese de se verificarem, terão nela alguma influência<sup>205</sup>.

A ocorrência de factos imprevistos, sendo geralmente fonte de perturbação da estabilidade contratual – e, como tal, fonte de controvérsia entre as partes do contrato – está ligada a figuras jurídicas como a alteração das circunstâncias, o *fait du prince* ou o caso de força maior, todas com o propósito de dar resposta a essa perturbação<sup>206-207</sup>. E neste quadro, basta atentar nos pressupostos da figura da

---

<sup>203</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 78 e 79.

<sup>204</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª Ed., Coimbra, Almedina, 1984, cit., pp. 623 a 625, distinguindo entre o caso de força maior e o caso imprevisto. Na terminologia adotada, quando o caso, além de imprevisto, consiste em facto que, uma vez produzido, determine a absoluta impossibilidade de cumprir o contrato, dá-se força maior. Ao passo que o caso imprevisto será o facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

<sup>206</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 79.

<sup>207</sup> Pelo relevo que assumem para a presente análise, cada uma das figuras em apreço será objeto de análise mais adiante no presente trabalho, em capítulo próprio.

alteração das circunstâncias, contidos no artigo 312.º, alínea a) do CCP<sup>208</sup>, para constatar que *o risco acaba onde começa a imprevisão*<sup>209</sup>.

Assim, como refere PEDRO MELO, *se a ocorrência de um determinado evento não era representável, isto é, não era previsível quando certo negócio jurídico foi celebrado, não se pode falar rigorosamente em risco, mas antes num acontecimento imprevisto*<sup>210</sup>.

Em face do exposto, constata-se que, representando um evento incerto mas previsível, de efeitos positivos ou negativos, o risco não se confunde, nem com eventos prováveis, nem com eventos imprevisíveis. Esboçando uma gradação, mais próximo do cognoscível encontra-se o perigo, evento incerto mas provável ou muito provável. Ultrapassada a fronteira da probabilidade, encontra-se o risco, evento incerto e improvável, mas ainda assim previsível. Finalmente, ultrapassada a fronteira da previsibilidade em que se insere o risco, encontra-se a imprevisão, o incognoscível, o insuscetível de representação pelas partes, materializado em figuras como as da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* ou do caso de força maior.

Reconhece-se, no entanto, que à semelhança de uma gradação de cores, existem zonas de indefinição. Nalguns casos, a recondução de um determinado facto jurídico a uma das figuras *supra* enunciadas poderá revelar-se particularmente difícil.

---

<sup>208</sup> De acordo com o disposto no artigo 312.º, alínea a), do CCP, a modificação do contrato por alteração das circunstâncias só é possível quando, *as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*. Donde se retira que, onde os factos ocorridos não extravasem o risco contratual assumido por cada uma das partes, *sibi imputet*, não podendo o contrato ser alvo de uma modificação objetiva com este fundamento. De igual modo no Direito Civil, determina o artigo 437.º, n.º 1, do CC, que *se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*.

<sup>209</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 74.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

## 2. Segue. Os Riscos Comummente Transferidos Para o Concessionário

Apresentada a regra em matéria de partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos, cabe fazer uma nota aos riscos comummente transferidos para o concessionário, numa lógica de significativa e efetiva transferência do risco para esta parte do contrato.

No quadro dos riscos comummente transferidos para o concessionário merece destaque o risco de procura, também denominado risco de exploração ou de mercado, que compreende a incerteza associada à utilização pelos utentes do serviço concessionado. Quando *a remuneração depende diretamente da utilização, o (...) privado assume um verdadeiro risco de exploração, não importando a maneira pela qual o pagamento será realizado*<sup>211</sup>.

Regra geral, a utilização ou procura de um serviço é suscetível de ser quantificada com um maior ou menor grau de aproximação, o que permite ao proponente, futuro concessionário, partir de diversas projeções quanto à utilização futura do serviço concedido, ancorando a sua proposta em dados com relativa fiabilidade<sup>212</sup>.

Na medida em que, como se disse, só se pode *correr o risco* de algo que se prevê que possa vir a ter lugar, o risco de procura pode ser assumido pelo concessionário<sup>213</sup>, sendo este um risco tradicionalmente assacado a esta parte do contrato.

---

<sup>211</sup> FELIPE MOREIRA DOS SANTOS STARLING, *O Significado da Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 33. Assim, afirma, *seja qual for a forma em que o explorador receberá as contraprestações pela obra e serviços disponibilizados à coletividade (...) sempre que o retorno do investimento for diretamente relacionado com a utilização da infraestrutura, a álea será do parceiro privado, em virtude do risco de utilização*.

<sup>212</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 148 e 161 a 162.

<sup>213</sup> *Idem*, cit., p. 161. No mesmo sentido, LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo"..., cit., p. 550; e FELIPE MOREIRA DOS SANTOS STARLING, *O Significado da Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., pp. 32 e 33, que insere o risco de exploração na chamada *álea ordinária* do contrato, correspondente aos *riscos operacionais comuns a qualquer atividade económica, tendo como componente fundamental a remuneração de uma atividade desenvolvida*.



Fazendo depender a remuneração do concessionário da procura do serviço público concessionado, o denominado risco de procura está diretamente associado à tradicional ideia de remuneração pelas tarifas cobradas aos utentes, sendo um risco tradicionalmente assumido pelo concessionário. Nas palavras de MARCELLO CAETANO, a propósito da retribuição do concessionário na tradicional concessão de serviço público, *a fonte dessa retribuição é o rendimento da exploração do serviço público, donde deverão sair as somas necessárias não só para cobrir as despesas respetivas, como ainda para renovar o estabelecimento, amortizar o capital investido (ao menos o capital obrigacionista) e dar aos empresários o justo lucro*<sup>214</sup>. Rendimento esse que, ainda segundo MARCELLO CAETANO, *provém principalmente (como já ficou visto) do preço cobrado dos utentes de acordo com a tarifa aprovada*<sup>215</sup>.

No atual quadro legal, a transferência do risco de procura para o concessionário está, de resto, expressamente prevista na Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>216</sup>, que, no seu artigo 5.º, n.º 1, alínea b), prescreve que *a adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos*.

Outro risco que cumpre destacar é o chamado risco de disponibilidade, associado à disponibilidade da infraestrutura utilizada para a prestação do serviço aos utentes, e do próprio serviço em si.

Num contrato de concessão de serviços públicos baseado num *esquema de disponibilidade*, o concessionário será remunerado por prestações económico-financeiras do concedente<sup>217</sup>, correndo apenas o risco de *falhas de disponibilidade*<sup>218</sup> ou de *indisponibilidade*<sup>219</sup> do serviço para a sua potencial

---

<sup>214</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., p. 1124.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

<sup>217</sup> Dentro dos limites constantes do artigo 416º do CCP.

<sup>218</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 149.

<sup>219</sup> FELIPE MOREIRA DOS SANTOS STARLING, *O Significado da Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas...*, cit., p. 34. Ainda sobre o risco de (in)disponibilidade, cfr. CARME BRIERA

utilização, caso em que o risco assumido pelo concessionário será até mais *suave* do que num contrato assente no modelo clássico de transferência do risco de procura<sup>220</sup>.

Também neste caso é possível com razoabilidade antecipar o grau de disponibilidade que pode ser oferecido, podendo um tal risco ser prefigurado e, por conseguinte, assumido pelo concessionário<sup>221</sup>.

Como decorre do *supra* citado artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, este entendimento é perfilhado pelo Direito Europeu derivado, que, a par do *risco ligado à procura*, prevê a possibilidade de transferência para o concessionário do *risco ligado à oferta*.

De referir que, na prática contratual, não é incomum que estes dois riscos sejam combinados num contrato de concessão de serviços públicos. Pense-se no caso de um contrato de concessão de serviços públicos em que o concessionário é remunerado em função da procura, através das tarifas cobradas aos utentes do serviço (acrescidas eventualmente de uma prestação económico financeira paga pelo concedente, por forma a garantir preços compatíveis com a universalidade do serviço), deduzido o valor correspondente a falhas de disponibilidade, caso em que o concessionário assume, quer o risco de procura, quer o risco de disponibilidade.

---

DALMAU, “Los Contratos de Colaboración Entre los Sectores Público y Privado en la Ley de Contratos del Sector Público: Fórmulas de Colaboración y Régimen de Distribución del Riesgo en Dichos Contratos”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 149, Madrid, Civitas, 2011, cit., p. 134, reconduzindo este risco à eventualidade de o concessionário não ser capaz de prestar os serviços na quantidade contratualmente acordada, ou de alcançar os níveis de segurança ou de performance do serviço contratualmente fixados, ou ainda à eventualidade de o concessionário não ser capaz de alcançar determinados standards de qualidade do serviço, casos em que se verifica uma evidente falha de serviço imputável ao concessionário.

<sup>220</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 550, afirmando que *nestes casos* [de concessões assentes num esquema de disponibilidade] *de menor risco, divergindo do modelo típico clássico, as concessões tendem a tornar-se mais comutativas – ou seja, com prestações de carácter mais simétrico – do que normalmente sucedia: o risco do concessionário esbate-se*.

<sup>221</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*..., cit., p. 161. Cfr. LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 550; FELIPE MOREIRA DOS SANTOS STARLING, *O Significado da Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas*..., cit., p. 34.

O terceiro risco comumente atribuído ao concessionário é o risco financeiro ou de crédito, associado à satisfação do serviço da dívida, isto é, ao reembolso do capital e dos correspondentes juros mutuados com vista ao financiamento da atividade concedida<sup>222</sup>.

Obrigando-se a *gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público*<sup>223</sup>, o concessionário assume a obrigação de obter o financiamento necessário para *pôr o serviço a funcionar*<sup>224</sup>, para tanto recorrendo a entidades financiadoras, como os bancos. Subjacente a essa operação está um risco de financiamento ou de crédito, isto é, um conjunto de eventos incertos mas, ainda assim, previsíveis, ligados à evolução dos mercados financeiros. Pode, por exemplo, verificar-se uma oscilação dos custos de financiamento ou das taxas de juro praticadas pelos bancos<sup>225</sup>, tanto em sentido favorável como em sentido desfavorável ao concessionário.

Porém, na medida em que no momento da apresentação da proposta o futuro concessionário já é, à partida, conhecedor da globalidade das circunstâncias em que o serviço público irá desenvolver-se e, portanto, da forma como terá de assegurar as contrapartidas dos financiamentos obtidos juntos dos bancos, é de concluir que está aqui em causa um risco que pode ser equacionado e, como tal, assumido pelo concessionário<sup>226</sup>.

Finalmente, tendo em consideração que *não são raros os contratos de concessão de serviços públicos que exigem a construção prévia das obras necessárias ao funcionamento do serviço*<sup>227</sup>, merecem ainda nota o risco de projeto e de construção e o risco de expropriação.

---

<sup>222</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 146 e 147.

<sup>223</sup> Cfr. Artigo 407º, n.º 2, do CCP.

<sup>224</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 573.

<sup>225</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 147.

<sup>226</sup> *Idem*, cit., p. 161.

<sup>227</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 272.

Associado à elaboração de um projeto e à construção da respetiva obra está, desde logo, o risco de projeto e de construção, integrado pelas *potenciais sequelas das obrigações que sobre o concessionário impendem quanto a esta matéria*<sup>228</sup>. Sequelas essas que, sendo prefiguráveis aquando da celebração do contrato, inscrevem-se no conceito de risco, podendo ser assumidas pelo concessionário<sup>229</sup>. Isto sem prejuízo de alguma partilha destes riscos com uma terceira entidade, nomeadamente com um empreiteiro, no âmbito de um contrato de empreitada celebrado para o efeito<sup>230</sup>.

Igualmente associado à construção de uma obra pode estar, como se disse, o risco de expropriação, relacionado com o valor das indemnizações a pagar aos titulares de direitos sobre as parcelas de terreno indispensáveis à execução da obra em causa, bem como com o tempo necessário para ocupação dessas parcelas<sup>231</sup>. Também aqui se pode afirmar que estão em causa variáveis incertas, mas previsíveis<sup>232</sup>, configurando assim um risco que pode ser assumido pelo concessionário.

Numa lógica de significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, conclui-se, assim, que entre os riscos comumente assumidos por esta parte constam o risco de procura, o risco de disponibilidade, o risco financeiro ou de crédito e, quando o contrato implique a construção de uma obra necessária ao

---

<sup>228</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 151 e 152.

<sup>229</sup> *Idem*, cit., pp. 152 e 160.

<sup>230</sup> O concessionário de serviços públicos não tem de ser um empreiteiro. Assim, no âmbito de um contrato de concessão de serviços públicos com uma obrigação de construção, este poderá ter de recorrer a uma terceira entidade, através da celebração de um contrato de empreitada.

<sup>231</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 152, 153 e 161.

<sup>232</sup> Sobre este ponto, afirma PEDRO MELO, *idem*, cit., p. 161, que *é possível antecipar os custos globais com as correspondentes indemnizações, em face de pré-existentes “preços de mercado” dos imóveis a expropriar e da sua conjugação com os “índices” previstos no Código das Expropriações para o efeito. De igual modo, é possível determinar o tempo que será necessário para ocupar as parcelas de terreno indispensáveis à execução da obra objeto da concessão*. Ainda para mais, acrescenta-se, tendo em consideração a sujeição da Declaração de Utilidade Pública a um prazo de validade de aproximadamente dois anos, nos termos do disposto no artigo 13.º do CE.

Referindo-se aqui a um *risco da disponibilidade do lugar (site availability ou site risk)*, JOANA GUEDES, “Parcerias Público-Privadas e a Distribuição do Risco”..., cit., p. 16, afirma que *este risco será mais eficientemente assumido pelo ente público, já que, à partida, terá a experiência e os recursos para lidar com ele e qualquer questão política ou jurídica no que toca à propriedade do terreno será melhor resolvida a este nível. No entanto, esta ideia é discutível, na medida em que o risco pode ser transferido para o privado (...)*.

funcionamento do serviço público, também o risco de projeto e de construção e, eventualmente, o risco de expropriação. Conjunto de eventos incertos, mas previsíveis, e de efeitos positivos ou negativos, que o concessionário está, à partida, mais apto a gerir.

A par deste elenco de riscos típicos, comumente transferidos para o concessionário no quadro de um contrato de concessão de serviços públicos, cabe, finalmente, uma nota à cláusula contratual *normalizada* também comumente inserida neste tipo contratual, e que visa reconduzir todos os riscos não expressamente alocados a uma das partes ao concessionário<sup>233</sup>.

Porém, como referem LINO TORGAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, a ideia de transferência total dos riscos para a esfera jurídica do concessionário *há muito que deixou de ter amparo legal*<sup>234</sup>. Pelo contrário, *a generalidade das legislações administrativas em vigor no mundo ocidental protege o concessionário, em maior ou menor medida, em face dos chamados riscos ou áleas extraordinários, tanto administrativos (v.g., facto do príncipe, modificação unilateral) como económicos (v.g. imprevisão)*<sup>235</sup>, assim sucedendo, também, com a legislação pátria.

Na determinação dos riscos concretamente assumidos pelo concessionário no quadro de um determinado contrato de concessão de serviços públicos, aquela cláusula contratual normalizada de alocação do risco contratual deve, pois, ser interpretada *cum grano salis*, tendo em consideração, quer as disposições contratuais e legais existentes em matéria de reposição do equilíbrio financeiro<sup>236</sup>,

---

<sup>233</sup> Sobre esta questão, PEDRO MELO, “Concessão de Obras e Serviços Públicos – Em Especial, a Alocação do Respetivo Risco Contratual”, in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, cit., p. 301, aponta para a existência de uma *cláusula contratual “normalizada”, porquanto comum a quase todos os contratos de concessão de obras e serviços públicos*, e que versa do seguinte modo: *A Concessionária assume expressamente integral e exclusiva responsabilidade por todos os riscos inerentes à Concessão, salvo nos casos em que o contrário resultar expressamente do Contrato de Concessão*.

<sup>234</sup> LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”..., cit., p. 547.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> PEDRO MELO, “Concessão de Obras e Serviços Públicos – Em Especial, a Alocação do Respetivo Risco Contratual”..., cit., p. 302.

quer as demais disposições contratuais em matéria de assunção do risco pelas partes<sup>237</sup>.

Naturalmente, cada contrato de concessão de serviços públicos terá a sua própria matriz de risco, sendo possível descortinar, na terminologia usada por LINO TORRAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, contratos mais ou menos *comutativos*, ou mais ou menos *parciários*<sup>238</sup>. Em todo o caso, haverá no entanto que ter em conta que *o risco acaba onde começa a imprevisão*<sup>239</sup>, devendo o conjunto de eventos imputáveis à esfera jurídica do concessionário circunscrever-se àqueles que, por serem incertos mas de algum modo previsíveis, integram o conceito de risco.

### **3. E uma Crise? Risco ou Imprevisão?**

Feita a apresentação do esquema de partilha do risco no contrato, a questão que se coloca é a seguinte: e uma crise? Os efeitos de uma crise no contrato de concessão são enquadráveis no âmbito do risco contratualmente assumido, designadamente, pelo concessionário? Ou resvalam para o domínio da imprevisão, dando lugar à aplicação de regimes como os da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* ou do caso de força maior?

Naturalmente, e sem antecipar aqui quaisquer conclusões, qualquer uma das respostas que venha a ser dada a estas questões terá um impacto muito diferente na relação contratual concessória afetada por uma crise, estando na base de diferentes de formas de conformação desta relação contratual. Desde logo ao nível das modificações objetivas do contrato de concessão de serviços públicos perturbado por uma crise, são várias as alternativas que se colocam, como adiante se passará a expor.

---

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> LINO TORRAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo” ..., cit., p. 551.

<sup>239</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 74.

### 3.1. A Crise. Breve Apresentação

Começando por uma breve apresentação, a palavra crise vem do latim *crisis*, do grego *krisis*, do indo-europeu *krei*, estando associada às ideias de juízo, separação e rutura. Pela sua etimologia, *a crise refere um momento final e supremo de desarticulação global, pondo em causa a sobrevivência do todo e justificando medidas supremas e urgentes para o salvar*<sup>240</sup>.

A palavra *crise* é, sem dúvida, polissémica, sendo invocada nas mais diversas áreas da ciência<sup>241</sup>. Existem várias *crises*... Numa sociedade em constante conflito, as *crises* generalizam-se em todos os setores da atividade humana, desde crises familiares a laborais, passando por crises religiosas, culturais, políticas, económicas, entre tantas outras, sendo cada *crise* um processo que rompe com a estabilidade de um sistema, procurando uma mudança, um novo estado de estabilidade, no quadro de um momento crítico<sup>242</sup>.

*A crise é, pois, um momento de rutura no funcionamento de um sistema, uma mutação qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, uma reviravolta imprevisível e frequentemente violenta, não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem os interesses no seio do sistema considerado*<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “A Revolução Neoliberal e a Subversão do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica” ..., cit., p. 85.

<sup>241</sup> Como aponta ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *ibidem*, já com HIPÓCRATES, o termo *crise* era utilizado pelas ciências médicas para descrever *um ponto da evolução de uma doença em que o paciente está entre a cura [reequilíbrio] e a morte [rutura definitiva do desequilíbrio]*. No mesmo sentido, cfr. RAMÓN VILLARES, “La crisis actual como personaje histórico”, in *Vínculos de Historia*, num. 2, 2013. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4286706.pdf>, 2015, cit., p. 69.

<sup>242</sup> GONZALO PARENTE RODRÍGUEZ, “Teoría de la crisis”, in *I Jornadas sobre gestión de crisis: Más allá de la sociedad del riesgo : Facultad de Sociología de la Universidad de A Coruña 9 y 10 de noviembre de 2005*, 2006, [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/12754/1/CC-84\\_art\\_10.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/12754/1/CC-84_art_10.pdf), 2015, cit. pp. 136 e 137. Como descreve GONZALO PARENTE RODRÍGUEZ, em abstrato, as crises formam-se em momentos críticos de conflitos de interesses. Neste quadro, os acontecimentos desenrolam-se em clima de incerteza, risco e urgência, tanto mais quanto os vários atores sabem que das suas decisões depende o futuro de uma coletividade a seu cargo, seja uma empresa, seja uma família, seja uma comunidade.

<sup>243</sup> NORBERTO BOBBIO, NICOLÒ MATTEUCCI, GIANFRANCO PASQUINO, *apud* ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A Crise e os Seus Efeitos Previsíveis no Direito*, 2011, <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-drarmindoribeiriomendes.pdf>, 2015, cit., p. 3.

Neste quadro, é possível identificar três características individualizadoras da *crise*, comuns a todas as *crises*, a saber, *o seu carácter súbito e, por isso, imprevisível; a duração limitada; [e] a incidência sobre o funcionamento do sistema*<sup>244</sup>. E estando em causa um fenómeno de duração limitada, é possível identificar, em cada *crise*, um *processo da crise*, que permite, numa análise *ex post*, distinguir uma fase antecedente, onde se costumam procurar as origens e as causas da crise, uma fase aguda, da própria *crise*, e uma fase subsequente, em que ocorre o retorno a uma certa normalidade, mais ou menos diferente do *status quo* anterior à *crise*<sup>245</sup>.

Feita esta breve apresentação, a *crise* que aqui nos ocupa é a crise financeira que tem assolado o mundo desde meados de 2008, e que parece estar ainda longe da sua fase final, de retorno<sup>246</sup>.

Sem prejuízo de se reconhecer que a crise que vivemos apresenta uma complexa caracterização e um perfil evolutivo no tempo<sup>247</sup>, tem sido relativamente pacífica a identificação do seu eclodir em 2008, com o agudizar da crise dos *subprimes* e com a falência do banco de investimento norte-americano Lehman Brothers Holdings Inc., em setembro desse ano<sup>248</sup>.

Em setembro de 2008, *soavam as campainhas de alarme com a falência do Lehman Brothers, gigantesco Banco de Investimento norte-americano que não conseguia resistir à grave crise que afetava o mercado de crédito imobiliário de alto risco nos Estados Unidos (subprime)*<sup>249</sup>, contribuindo para o agudizar dessa mesma crise, que

---

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A Crise e os Seus Efeitos Previsíveis no Direito...*, cit., p. 3. Na mesma linha, cfr. GONZALO PARENTE RODRÍGUEZ, “Teoría de la crisis” ..., cit., p. 138.

<sup>246</sup> Nas palavras de ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A Crise e os Seus Efeitos Previsíveis no Direito...*, cit., p. 19, proferidas no ano de 2011, mas ainda revestidas de atualidade, *ninguém arrisca na Europa um prognóstico da duração da presente crise, a qual tem a ver com um rearranjo global de partilha do poder político e económico no Mundo*.

<sup>247</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, “A Revolução Neoliberal e a Subversão do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica” ..., cit., p. 82.

<sup>248</sup> Como aponta ALBERT RECIO ANDREU, “Esta crisis como problema sistémico”, in *Vínculos de Historia*, num. 2, 2013, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4286707.pdf>, 2015, cit., p. 84, há poucas dúvidas sobre o papel desempenhado pelo sistema financeiro internacional no desencadear da crise.

<sup>249</sup> PAULO ALVES PARDAL, “A Contratação Pública Sob os Ventos da Austeridade Orçamental”, in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, cit., pp. 176 e 177.



já se fazia sentir desde 2007. De contornos bancários e restrita ao espaço norte-americano, a crise iniciada nos EUA em meados de 2007 foi rapidamente além-fronteiras, atingindo a Europa pelos canais da globalização no ano seguinte<sup>250</sup>. Parafraseando ARMINDO RIBEIRO MENDES, *todos estamos recordados das ondas de choque que se seguiram à falência da instituição norte americana LEHMAN BROTHERS*<sup>251</sup>. Nos momentos subsequentes, a crise tomou proporções económicas e atingiu os mais diversos setores produtivos, provocando quebras no PIB, baixas no investimento, diminuições na procura e aumento do desemprego em vários países<sup>252</sup>.

Concretamente no que à Europa diz respeito, é verdade que se assistiu *a uma retoma espetacular da Alemanha, assente num incremento da procura interna, que lhe permitiu atravessar o ano de 2009 sem grandes dramas e, depois, a uma expansão sem precedentes das exportações*<sup>253</sup>. Porém, *a crise manteve-se e, mesmo, intensificou-se nos países periféricos da Europa*<sup>254</sup>, como Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha, afetando ainda outros países europeus. Em especial em 2010, a situação dos países da periferia da Europa tornou-se delicada – nesse ano, a Grécia e a Irlanda acabariam por recorrer a auxílios externos e, em 2011, *o infortúnio batia à porta de Portugal*<sup>255</sup>.

Na verdade, a crise financeira mundial agudizou-se especialmente na Europa<sup>256</sup>.

Durante anos, as condições financeiras favoráveis permitiram que a dívida se acumulasse em vários setores da economia europeia – o setor bancário desempenhou um papel crucial, ao promover o financiamento em toda a União

---

<sup>250</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV (2012), 3, Coimbra, Almedina, 2012, cit., p. 551.

<sup>251</sup> ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A Crise e os Seus Efeitos Previsíveis no Direito...*, cit., p. 4.

<sup>252</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência...*, cit., pp. 551 e 552.

<sup>253</sup> *Idem*, cit., p. 552.

<sup>254</sup> *Ibidem*.

<sup>255</sup> PAULO ALVES PARDAL, “A Contratação Pública Sob os Ventos da Austeridade Orçamental” ..., cit., p. 177.

<sup>256</sup> JOSÉ VIÑALS IÑIGUEZ, “La Respuesta de Europa a la Crisis Financiera”, in *Revista ICE: Información Comercial Española*, N.º 874, 2013, [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_874\\_15-28\\_1DBE902210EFF6B271EC1C9A8CD1DED7.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_874_15-28_1DBE902210EFF6B271EC1C9A8CD1DED7.pdf), 2015, cit., p. 15.

Europeia, conduzindo a uma forte alavancagem da economia<sup>257</sup>. Porém, quando o sistema financeiro sofreu uma crise de liquidez sem precedentes evidenciaram-se vários problemas latentes. Quando a bolha imobiliária norte-americana rebentou em finais de 2007, muitas das principais instituições financeiras mundiais, incluindo vários bancos europeus, que tinham investido avultados montantes em créditos titularizados garantidos por hipotecas de alto risco, registaram grandes perdas<sup>258</sup>. E a partir daí, a crise propagou-se, derivando numa descrença generalizada nos ativos de risco e num processo de desalavancagem bancária à escala global<sup>259</sup>. As duras condições de acesso ao crédito que se seguiram influíram adversamente na eminente recessão, agravando os problemas das empresas e das famílias, sendo o financiamento cada vez mais difícil, em especial, nos países onde o endividamento privado e os desequilíbrios externos são maiores<sup>260</sup>.

A crise que *rebentou* em 2008 deu, assim, origem a uma sucessão de processos que culminaram numa situação de estagnação económica de larga escala e num elevado grau de sacrifício social<sup>261</sup>. E como já tinha sucedido noutras ocasiões – como o *crash* de 1929 ou a crise do petróleo de 1973 –, aquilo que inicialmente se apresentou como uma situação conjuntural veio a transformar-se num fenómeno de grandes dimensões e de larga escala<sup>262</sup>.

Mas se a crise não é especificamente portuguesa, antes global, tal *não impede que a ela sejamos particularmente vulneráveis e a sintamos com especial acuidade*<sup>263</sup>.

Como aponta MENEZES CORDEIRO, *a crise atingiu o País por via financeira e através das suas exportações*<sup>264</sup>. Concomitantemente, *a integração no euro conduziu ainda a um problema estrutural muito delicado*, que se traduziu numa sobrevalorização do dinheiro disponível no País e num consequente incremento do

---

<sup>257</sup> *Idem*, cit., pp. 15 e 16.

<sup>258</sup> *Idem*, cit., p. 16.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> *Idem*, cit., pp. 16 e 17.

<sup>261</sup> ALBERT RECIO ANDREU, “Esta crisis como problema sistémico”..., cit., p. 84.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> ALBERTO REGUEIRA, *Intervenção no Colóquio sobre “A Crise Económica e Civilizacional e os Impactos Futuros e Previsíveis no Mundo do Direito”*, 2011, <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-dralbertoregueira.pdf>, 2015, cit., p. 1.

<sup>264</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência...*, cit., p. 556.

nível de vida, sem que houvesse uma criação efetiva de riqueza que o permitisse suportar<sup>265</sup>. Perante o corte do crédito, *há que baixar o nível económico de todos: desde o Estado às famílias, numa situação tanto mais difícil quanto é certo que o crédito contraído deve ser pago. O novo crédito, quando disponível, é mais caro*<sup>266</sup>.

Neste quadro, Portugal confronta-se com uma situação particularmente delicada entre os seus pares europeus. Porque, como explica ALBERTO REGUEIRA, *não obstante alguns oásis de modernidade, o aparelho produtivo mantém baixos níveis de produtividade medidos por padrões internacionais (...), os níveis de poupança baixaram muito e não podem, como seria desejável, financiar os investimentos privados e o deficit público, e porque depende excessivamente do exterior para alimentar a sua população*<sup>267</sup>. Ao que acrescem três importantes fatores de bloqueio, a saber, (i) as regras vigentes na União Europeia, que obrigam os Estados a refinar-se nos mercados internacionais<sup>268</sup>, (ii) o aumento do desemprego e a pressão para a baixa dos salários, juntamente com a dificuldade em manter um conjunto de importantes prestações sociais<sup>269</sup> e, ainda, (iii) a quebra do investimento<sup>270</sup>.

Neste contexto, e face às enormes dificuldades económicas e financeiras sentidas, em abril de 2011 o Estado Português acabaria por apresentar um pedido de ajuda financeira, que ficou condicionado ao cumprimento de um conjunto de disposições plasmadas no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado em maio desse ano.

---

<sup>265</sup> Como explica ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência...*, cit., p. 557, *a taxa de conversão do escudo (cerca de 200\$00 para 1 euro) foi exagerada, levando a uma sobrevalorização do dinheiro disponível no País. A radicação de uma moeda forte conduziu a uma explosão do crédito do qual todos (ab)usaram: Estado, banca, empresas e famílias. O nível de vida subiu, sem que nenhuma criação efetiva de riqueza o permitisse suportar. Como consequência inevitável temos, agora, o corte no crédito.*

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> ALBERTO REGUEIRA, *Intervenção no Colóquio...*, cit., p. 2.

<sup>268</sup> Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência...*, cit., p. 557, *cada vez mais caros, por razões de desconfiança, ampliadas pela especulação.*

<sup>269</sup> *Ibidem*, associando estes fatores a quebras de produtividade e a um aumento da desconfiança dos mercados.

<sup>270</sup> *Ibidem*, clarificando que *a quebra no investimento impede o crescimento da produção, da inovação e da riqueza, impedindo a criação de meios para pagar as dívidas.*

Em maio de 2011, o Estado Português encetou, assim, um Programa de Assistência Económica e Financeira monitorizado pela denominada *Troika* (Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu), que vigoraria até maio de 2014. Durante esse período, marcado por pesados sacrifícios para as famílias e para as empresas<sup>271</sup>, o Programa de Assistência Económica e Financeira e as suas sucessivas revisões fizeram parte do panorama político, económico e financeiro português<sup>272</sup>, abrangendo as mais diversas áreas da economia.

Em 17 de maio de 2014, Portugal saiu do Programa de Assistência Económica e Financeira sem a adoção de um programa cautelar, prescindindo da última tranche do empréstimo da *Troika*, de cerca de três mil milhões de euros.

No entanto, a austeridade mantém-se e o calvário que vivemos parece ainda estar longe do fim.

### **3.2. Impactos da Crise Sobre os Contratos de Concessão de Serviços Públicos**

Considerando todo o exposto, questiona-se de que modo é que a crise se repercute sobre os contratos de concessão de serviços públicos. A resposta mostra-se complexa.

Desde logo, podem apontar-se os constrangimentos decorrentes do Programa de Assistência Económica e Financeira acordado com a *Troika*, que, entre tantas

---

<sup>271</sup> Relembrando algumas das medidas mais significativas, cumpre destacar, em 2011, os cortes salariais entre 3,5% e 10% dos funcionários públicos com vencimentos superiores a € 1.500,00, o congelamento das pensões, o aumento da taxa máxima de IVA para 23%, a criação de uma sobretaxa de IRS equivalente a 50% do subsídio de Natal, os cortes dos subsídios de férias de Natal dos funcionários públicos e pensionistas com vencimento superior a € 1.000,00, e o aumento da taxa de IVA sobre o gás natural e a eletricidade, de 6% para 23%; em 2012, a limitação das despesas dedutíveis à coleta em sede de IRS; em 2013, o aumento da Contribuição Extraordinária de Solidariedade; em 2014, o aumento da idade de reforma, a criação de um imposto extraordinário sobre os setores bancário e energético, e o fim da cláusula de salvaguarda de IMI, entre tantas outras medidas. Cfr. DIANA CATARINO, *Troika: Portugal faz contas à vida, 4 anos depois*, 2015, Disponível em: <http://www.tvi24.iol.pt/economia/resgate/troika-portugal-faz-contas-a-vida-4-anos-depois>, 2015.

<sup>272</sup> PAULO ALVES PARDAL, “A Contratação Pública Sob os Ventos da Austeridade Orçamental” ..., cit., p. 177.

outras matérias, se debruçou, também, sobre a contratação pública. Com efeito, o Memorando de Entendimento contemplou algumas disposições em matéria de contratos públicos, impondo um conjunto obrigações de informação e de produção legislativa, entre outras<sup>273</sup>, algumas delas com influência direta sobre os contratos de concessão de obras e de serviços públicos em vigor<sup>274</sup>.

Porém, os maiores impactos<sup>275</sup> serão, porventura, os que se prendem com a recessão propriamente dita e com as dificuldades que esta suscita, quer para os concessionários, quer para a própria Administração concedente.

A crise tem tido efeitos devastadores para as empresas. Os jornais demonstram-no todos os dias. Como bem ilustra PEDRO GONÇALVES, *a crise pode, na verdade, provocar a degradação ou a fragilização da situação económica do contraente privado, quando se confronta, entre muitas outras, com circunstâncias como as seguintes: contração geral do mercado e da procura, dificuldades de obtenção de crédito, flutuações das taxas de juros dos empréstimos bancários, revisão ou supressão de linhas de financiamento, eliminação de programas públicos e de linhas de apoio, aumentos da carga fiscal, aumentos inesperados de determinados custos de produção (v.g., custos de transporte, por força do aumento dos preços dos combustíveis e de portagens)*<sup>276</sup>. Ao que acrescem outros fatores, como a adoção de medidas legislativas motivadas pelo contexto de austeridade (aqui não só no

---

<sup>273</sup> *Idem*, cit., pp. 177 a 185.

<sup>274</sup> De destacar a obrigação de revisão das Parcerias Público Privadas existentes. De acordo com o disposto no ponto 3.19 do Memorando de Entendimento, *O Governo irá: (...) Recrutar uma empresa de auditoria internacionalmente reconhecida para a realização de um estudo detalhado das PPP com acompanhamento do Instituto Nacional de Estatística (INE) e do Ministério das Finanças e da Administração Pública. O estudo identificará e, onde praticável, quantificará as responsabilidades contingentes de maior relevo e quaisquer montantes relacionados que possam vir a ser pagos pelo Estado. Avaliará a probabilidade de quaisquer pagamentos pelo Estado relativos a responsabilidades contingentes e quantificará os respetivos montantes. O estudo, a ser finalizado até ao final de Março de 2012, avaliará a viabilidade de renegociar qualquer PPP ou contrato de concessão, a fim de reduzir as responsabilidades financeiras do Estado. Todas as PPP e contratos de concessão estarão disponíveis para estas revisões.* Obrigação que se traduziu num processo de renegociação de um conjunto de contratos de concessão de obras e de serviços públicos, de que são exemplo os contratos de concessão de terminais portuários para a prestação do serviço público de movimentação de cargas cujo termo ocorra após 31 de dezembro de 2020.

<sup>275</sup> E também os mais abrangentes, já que se estendem a todos os contratos de concessão de serviços públicos vigentes, bem como aos que venham a ser celebrados enquanto perdurar a crise.

<sup>276</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”, in *Estudos de Contratação Pública III*, 1.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, cit., p. 13.

âmbito fiscal), com impacto sobre o objeto dos contratos em vigor e, de forma mais genérica, sobre a atividade de cada empresa.

Circunstâncias como as descritas podem abalar o contraente privado num contrato de concessão de serviços públicos e, em numerosos casos, envolver uma significativa diminuição da sua performance na execução do contrato. A crise pode, pois, colocar em risco a execução do contrato<sup>277</sup>, além de poder deixar o concessionário à beira de uma situação de insolvência ou, pelo menos, em situação económica difícil.

A crise do setor privado obrigou muitos operadores económicos a procurar as suas fontes de receita no mercado da contratação pública, tanto a nível nacional como europeu<sup>278</sup> – o que, além de se traduzir num inevitável incremento de concorrentes para uma oferta contratual cada vez mais reduzida, faz com que os impactos da crise sejam sentidos pelos referidos operadores com mais violência. Em muitos casos, determinado contrato é, mesmo, o único negócio e, como tal, a única fonte de faturação do concessionário.

Compreende-se, pois, o impacto que algumas circunstâncias motivadas pela crise poderão ter sobre a situação económica do concessionário e a sua capacidade para cumprir pontualmente o contrato. Apesar da efetiva e significativa transferência do risco para o concessionário que o contrato de concessão de serviços públicos importa – o que, na prática, leva a que parte significativa dos efeitos da crise tenha de ser suportada pelo concessionário, repercutindo-se, designadamente, na retribuição que este consegue retirar da concessão –, não é de excluir a subsunção de alguns desses efeitos no conceito de imprevisão.

Com efeito, e sem adiantar aqui quaisquer conclusões, concebe-se que alguns dos efeitos da crise poderão extravasar o conceito de risco, designadamente, quando ultrapassem a barreira da previsibilidade. Nesses casos, não estarão em causa

---

<sup>277</sup> *Ibidem*.

<sup>278</sup> JOAQUÍN TORNOS MAS, “Contratación administrativa en época de crisis. La visión del contratista”, in *Anuario del Gobierno Local 2011*, 2011, [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1250/10\\_Tornos\\_Contratacion\\_99\\_116.pdf?sequence=1](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1250/10_Tornos_Contratacion_99_116.pdf?sequence=1), 2015, cit., p. 102.

verdadeiros riscos, suscetíveis de transferência para o concessionário nos termos *supra* expostos<sup>279</sup>, mas antes circunstâncias imprevistas, que, como tal, poderão dar lugar à aplicação de institutos como a alteração das circunstâncias, o *fait du prince* ou mesmo a força maior.

Mas mesmo quando, no caso concreto, se conclua que os efeitos da crise devem subsumir-se aos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos e, como tal, ser suportados pelo concessionário, nem assim parece razoável assumir que a Administração concedente deve permanecer impávida, assistindo à degradação da situação económica do concessionário sem nada fazer...

Como ficou *supra* exposto<sup>280</sup>, a Administração dispõe, no âmbito da relação contratual, de um acervo de poderes unilaterais destinados a assegurar a primazia do interesse público durante a execução do contrato. No quadro do dever de proteção do contrato que decorre da prossecução do interesse público, faz sentido que a Administração concedente possa – naturalmente, dentro dos limites legalmente estabelecidos para o exercício dos poderes de conformação contratual – adotar medidas e providências com vista a evitar ou, pelo menos atenuar, o eventual efeito de degradação da situação económica do concessionário atingido por circunstâncias associadas à crise, procurando garantir o pontual cumprimento do contrato<sup>281</sup>. Os impactos da crise manifestam-se, assim, também ao nível da gestão dos contratos de concessão de serviços públicos em vigor, podendo justificar a introdução de modificações no seu conteúdo mesmo perante circunstâncias não imprevistas<sup>282</sup>.

Concomitantemente, não poderá olvidar-se que o ambiente recessivo generalizado afeta, também, a Administração concedente.

---

<sup>279</sup> V. *supra*, Capítulo III, ponto 3.4.

<sup>280</sup> V. *supra*, Capítulo III, ponto 1.

<sup>281</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 13.

<sup>282</sup> E, como tal, compreendidas nos riscos normais do contrato, assumidos pelo concessionário por força do disposto no artigo 413.º do CCP.

O déficit das contas públicas traduz-se em diversas restrições, impondo novas exigências de ponderação e de escrutínio das decisões de assunção de despesa<sup>283</sup>. Essencialmente desde 2011, com o despoletar das dívidas soberanas e com o recurso ao Programa de Assistência Económica e Financeira, a contratação pública ficou sujeita a uma série de constrangimentos decorrentes de um quadro normativo que se tornou mais apertado e exigente<sup>284</sup>, além dos constrangimentos que decorrem das próprias contas de cada entidade.

Daqui resulta tantas vezes a anulação ou a revisão de investimentos públicos anunciados, bem como a necessidade de modificação dos contratos em vigor<sup>285</sup> – umas vezes, por via de uma renegociação das condições contratuais, outras vezes, na impossibilidade de acordo, por via do exercício do poder de modificação unilateral. Além das renegociações impostas pelo Memorando de Entendimento com a *Troika*, acima referenciadas, a necessidade de modificação dos contratos de concessão de serviços públicos em vigor pode decorrer, simplesmente, de uma ponderação dos respetivos pressupostos no caso concreto por parte do concedente. Também deste prisma, os impactos da crise manifestam-se ao nível da gestão dos contratos de concessão de serviços públicos.

São vários os possíveis impactos da crise sobre o contrato de concessão de serviços públicos – os *supra* enunciados serão, porventura, os mais significativos do ponto de vista das modificações objetivas deste contrato, objeto do presente estudo<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 12. Como explica JOAQUÍM TORNOS MAS, “Contratación administrativa en época de crisis. La visión del contratista”..., cit., pp. 100 e 101, a crise económica foi incidindo sobre a atividade contratual pública de forma diversa ao longo do tempo. Num primeiro momento, o mercado da contratação pública foi utilizado pelos poderes públicos para minorar os efeitos da crise, através da injeção de dinheiro público. Pensou-se que a crise seria passageira e que poderia recorrer-se a políticas keynesianas. Posteriormente, quando a crise se tornou mais profunda e se tornou patente que esta iria acompanhar-nos por mais anos, as políticas públicas mudaram radicalmente. O controlo do déficit e da dívida pública passaram a ser as principais preocupações. Agora a grande prioridade para os poderes públicos passa pela contenção do gasto.

<sup>284</sup> PAULO ALVES PARDAL, “A Contratação Pública Sob os Ventos da Austeridade Orçamental”..., cit., p. 175.

<sup>285</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 12.

<sup>286</sup> Do ponto de vista das modificações subjetivas dos contratos de concessão de serviços públicos, outros tantos impactos poderiam ser ponderados. Pense-se, a título de exemplo, nos impactos da declaração de insolvência do concessionário, designadamente, quanto à possibilidade de cessão da respetiva posição contratual.



A diversidade destes impactos torna especialmente difícil a resposta à questão inicialmente colocada, de caracterização dos efeitos da crise como risco ou imprevisão, para efeitos de enquadramento no esquema de partilha do risco do contrato de concessão de serviços públicos e determinação do regime correspondentemente aplicável. É o que se procurará fazer em seguida<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> Pela complexidade das questões que se suscitam, a presente análise será objeto de capítulo autónomo.

## Capítulo V – A Crise Como Imprevisão

### 1. A Crise Como Alteração das Circunstâncias

#### 1.1. O Instituto da Alteração das Circunstâncias

Parafraseando MENEZES CORDEIRO, a locução “alteração das circunstâncias” exprime, na linguagem jurídica portuguesa atual, o instituto vocacionado para intervir quando se modificarem, de modo significativo, os condicionalismos que rodearam a celebração de determinado contrato<sup>288</sup>.

A regra *pacta sunt servanda* está presente na vida de qualquer contrato, público ou privado. Os pactos devem ser respeitados, devendo as obrigações contratualmente assumidas pelas partes ser pontualmente cumpridas<sup>289</sup>.

Porém, cedo se compreendeu que a ordem jurídica não pode comportar a possibilidade de as partes ficarem irremediavelmente vinculadas ao cumprimento do contrato independentemente do tipo de circunstâncias que lhe sobrevenham<sup>290</sup>. Todos os contratos estão *historicamente situados*<sup>291</sup>, sendo *consequência de um conjunto de representações que as partes conceberam da realidade*<sup>292</sup>. Quando, por força de uma superveniência que excede os riscos normais do contrato, aquele conjunto de representações deixa de existir, o contrato não pode, naturalmente, permanecer igual<sup>293</sup>.

---

<sup>288</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”..., cit., p. 51.

<sup>289</sup> Associada à regra *pacta sunt servanda* está uma outra importante regra, segundo a qual *as circunstâncias que se repercutem na esfera jurídica de uma parte devem ser por esta suportadas*. Cfr. SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública III*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, cit., p. 166. O mesmo é dizer, as consequências de um facto superveniente são comportadas, apenas, pela esfera jurídica onde se verifiquem – *casum sensit dominus*.

<sup>290</sup> *Idem*, cit., pp. 166 e 167.

<sup>291</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva Por “Alteração das Circunstâncias”, in *Separata Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, cit., p. 535.

<sup>292</sup> SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”..., cit., p. 167.

<sup>293</sup> *Ibidem*. Como refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva Por “Alteração das Circunstâncias”..., cit., p. 535, *o consentimento não basta, porque a realidade impõe-se. O negócio não*

Remontando à doutrina da cláusula *rebus sic standibus*, cuja formulação inicial coube a BÁRTOLO, o atual instituto da alteração das circunstâncias é fruto de uma complexa evolução histórica que procurou, essencialmente, a *conciliação entre, por um lado, a segurança da manutenção da força vinculativa do negócio jurídico e, por outro lado, os postulados dos princípios da justiça e da boa fé no contexto histórico e circunstancial em que o negócio jurídico é celebrado*<sup>294</sup>. No fundo, a conciliação entre a regra *pacta sunt servanda* e os princípios da justiça e da boa fé na execução dos contratos, materializados na doutrina da cláusula *rebus sic standibus*<sup>295</sup>.

Sumariamente, a referida doutrina assenta na ideia de que a celebração dos contratos era sempre acompanhada de uma cláusula *rebus sic standibus*, nos termos da qual a respetiva vigência dependeria da manutenção do *status quo* próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos contratos ficava comprometida<sup>296</sup>. Assim, como aponta CARNEIRO DA FRADA, ontem, como hoje, *naqueles contratos de execução diferida ou continuada deve considerar-se que se encontra compreendido um entendimento – ainda que não expressamente formulado – segundo o qual as partes apenas se vinculam àquele contrato enquanto persista a realidade objetiva vigente ao tempo da sua celebração*<sup>297</sup>.

Considerando o exposto, o instituto da alteração das circunstâncias, partindo da referida doutrina da cláusula *rebus sic standibus*, consubstancia uma verdadeira válvula de escape do sistema jurídico, dando concretização ao princípio da boa fé,

---

*pode prosseguir tal qual perante uma realidade que não é aquela que levou as partes comumente a contratar, ou porque qualitativamente perdeu justificação, ou porque quantitativamente ficou desequilibrado.*

<sup>294</sup> PEDRO MELO, “O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas”, in *Estudos de Direito Público*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, cit., p. 54. Sobre a evolução histórica do instituto da alteração das circunstâncias, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro” ..., cit., pp. 51 a 78.

<sup>295</sup> Ao que sucedeu um conjunto de teorias e doutrinas, todas debruçadas, ainda que com diferentes aproximações, sobre a resolução de um único problema: a alteração subsequente das circunstâncias iniciais de um contrato. Cfr. PEDRO MELO, “O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas” ..., cit., pp. 54 e 55.

<sup>296</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro” ..., cit., p. 52.

<sup>297</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, cit., pp. 482 e 483.

aqui na sua vertente de tutela da confiança<sup>298</sup>. Perante um contrato, as partes aderem a um programa de atuação, procedendo, naturalmente, a investimentos de confiança. Como explica MENEZES CORDEIRO, perante um contrato público, e, em especial, *quando estejam em causa concessões complexas, que exijam múltiplos investimentos, estes aspetos são mais marcados. É justamente na base de uma confiança ampla que o particular aceita contrapartidas baixas e procede à mobilização das poupanças e dos créditos que se mostrem necessários. A confiança não se limita, assim, à não ocorrência de graves prejuízos: ela antes assenta em todo um programa contratual, a desenrolar no tempo, e que irá proporcionar o lucro mobilizador de toda a operação*<sup>299</sup>. Quando uma alteração dos pressupostos em que as partes fundaram a decisão de contratar – assumindo determinado programa contratual, e não outro – determinar uma ofensa do investimento de confiança subjacente a essa mesma decisão, o cumprimento das correspondentes obrigações contratuais não deverá ser exigível<sup>300</sup>.

Além dos ditames da boa fé, o instituto da alteração das circunstâncias serve, ainda, a própria exequibilidade da atividade económica. Naturalmente, *ninguém aceitaria iniciar uma relação contratual se soubesse que jamais dela se poderia desvincular, por mais graves, radicais ou danosas que fossem as circunstâncias que supervenientemente surgissem*<sup>301</sup>.

Com estas coordenadas, o instituto da alteração das circunstâncias foi merecendo a atenção da doutrina, tendo merecido consagração legal expressa no Código Civil de 1966.

---

<sup>298</sup> SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”..., cit., p. 167.

<sup>299</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”..., cit., pp. 105 e 106.

<sup>300</sup> SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”..., cit., p. 167.

<sup>301</sup> *Ibidem*. Na mesma linha, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”..., cit., p. 89; JOAN AMENÓS ÁLAMO, JUAN EMILIO NIETO MORENO, “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 156, Madrid, Civitas, 2012, cit., p. 121.

Nos termos do disposto no artigo 437.º, n.º 1, do CC, *se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*. Preceito que é completado por um n.º 2, nos termos do qual, *requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior*, numa clara lógica de favor negotii.

Assente numa valorização da base negocial objetiva dos contratos, o artigo 437.º do CC veio, assim, dar acolhimento legal ao *velho* instituto da alteração das circunstâncias, prevendo as condições de admissibilidade da resolução ou modificação dos contratos por força de uma alteração superveniente das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar. Artigo que, de resto, pelos valores que concretiza, não constitui um parâmetro exclusivamente aplicável aos negócios jurídicos privados.

Com efeito, o artigo 437.º do CC *limita-se a esclarecer que o contrato pode ser modificado ou resolvido quando sejam “afetados gravemente os princípios da boa fé” e a situação não seja “coberta pelos riscos próprios do contrato”*<sup>302</sup>, consubstanciado uma concretização do princípio da boa fé que ilumina todo o ordenamento jurídico<sup>303</sup>. Assim, como referem SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, concretamente quanto à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias no quadro dos contratos administrativos, *caso o ordenamento jurídico-administrativo jamais tivesse previsto expressamente uma regra de alteração das circunstâncias, nem por isso as partes de um contrato*

---

<sup>302</sup> SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”..., cit., p. 168.

<sup>303</sup> Naturalmente, a boa fé assume-se, também, como um princípio da atividade administrativa, como decorre, desde logo, do disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, cit., pp. 220 e 221.

*administrativo estariam impedidas de invocar esse instituto quando “os princípios da boa fé” assim o legitimassem*<sup>304</sup>.

Sem prejuízo do exposto, também no Direito Administrativo o instituto da alteração das circunstâncias foi acolhido, sob o ímpeto da conhecida jurisprudência do *Conseil d’Etat*<sup>305</sup>.

Nas palavras de MARCELLO CAETANO, *pelo que toca aos contratos administrativos, em especial, cumpre não esquecer que neles existe fundamentalmente também essa ideia de justiça comutativa: – à sujeição do particular ao interesse público corresponde a garantia de uma remuneração compensadora*<sup>306</sup>.

Assim, continua, se os prejuízos sofridos pelo contraente particular são o efeito exclusivo de uma modificação geral das circunstâncias económicas ou técnicas do mercado que se não podia prever se se dariam, nem quando ou com que extensão, e se esses prejuízos excedem o cálculo da álea normal da empresa, há sacrifício injusto de um interesse na comutação contratual que nem mesmo o facto de o outro prosseguir o interesse público legitima, visto ser fundamental o princípio de que nos contratos administrativos o particular serve interessadamente, e a Administração procura utilizar o instinto individual do lucro<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública” ..., cit., p. 168.

<sup>305</sup> Como afirma INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, cit., p. 339, aí [no Direito Administrativo], por obra do Conselho de Estado, vem de há muito sendo reconhecida a possibilidade de rever contratos de longa duração à sombra da teoria da imprevisão, por aquele Conselho adotada. A referida teoria terá sido primeiramente formulada pelo *Conseil d’Etat* no quadro da primeira guerra mundial, no litígio que opôs a municipalidade de Bordéus e a respetiva companhia concessionária do fornecimento de gás e eletricidade. Perante uma acentuada subida do preço do carvão em 1914, em termos tais que punham em causa a própria viabilidade da concessionária, o *Conseil d’Etat* admitiu que estava em causa uma situação extraordinária e imprevisível, provocada pela guerra, e que a necessidade de assegurar o interesse geral impunha que a concessionária só devesse suportar a superveniência na parte razoável. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro” ..., cit., pp. 83 e 84.

<sup>306</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo I...*, cit., p. 629.

<sup>307</sup> *Ibidem*.

Atualmente na legislação administrativa, o instituto da alteração das circunstâncias surge consagrado nos artigos 312.º, alínea a), 332.º, n.º 1, alínea a), e 335.º, n.º 1, todos do CCP.

Concretamente no que respeita à modificação do contrato por alteração das circunstâncias<sup>308</sup>, dispõe o artigo 312.º, alínea a), do CCP que esta é possível *quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*. Este preceito é complementado pelo disposto no artigo 314.º, n.º 2, do CCP, que determina que *os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*<sup>309</sup> *conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade*. Modificação que, por força do disposto no artigo 311.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CCP, pode operar por meio de acordo entre as partes ou por decisão judicial ou arbitral.

Com relevo para a presente análise, a verdade é que o disposto no artigo 332.º, n.º 1, alínea a), do CCP segue, de muito perto, o regime constante do artigo 437.º do CC, no que respeita às condições de admissibilidade da modificação do contrato por alteração das circunstâncias. O que se compreende, uma vez que a intenção subjacente foi a de adaptar a disciplina da alteração das circunstâncias às especificidades dos contratos administrativos<sup>310</sup>.

Compulsados os dois preceitos, verifica-se, mesmo, uma identidade ao nível dos pressupostos de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias.

Importa assinalar, apesar de tudo, uma aparente diferença quanto à alteração das circunstâncias relevante para efeitos de funcionamento do instituto – enquanto o

---

<sup>308</sup> No que respeita à resolução do contrato por alteração das circunstâncias, regem os artigos 332.º, n.ºs 1, alínea a), 2 e 3, e 335.º, n.º 1, consoante esteja em causa a resolução do contrato por iniciativa do co-contratante ou do contraente público, respetivamente.

<sup>309</sup> Que não sejam imputáveis a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 deste artigo.

<sup>310</sup> SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública” ..., cit., p. 168.

artigo 437.º, n.º 1, do CC exige uma *alteração anormal*, o artigo 312.º, alínea a), refere uma *alteração anormal e imprevisível*. Porém, parece-nos que a exigência de que a *alteração anormal* seja também *imprevisível* pouco ou nada acrescenta, já que dificilmente se equaciona uma alteração anormal, não compreendida nos riscos próprios do contrato, que não seja, também, imprevisível. Mais, como refere INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *se a alteração das circunstâncias fosse previsível, não faria sentido o regime legal, pois não seria razoável que pudesse resolver-se ou modificar-se o contrato com base numa alteração suscetível de ser prevista*<sup>311</sup>.

Feita esta apresentação do instituto da alteração das circunstâncias, cumpre referir, concretamente no que respeita ao quadro jurídico aplicável ao contrato de concessão de serviços públicos, que, estando em causa um contrato administrativo, tem aplicação o disposto na Parte III do CCP quanto à modificação do contrato por alteração das circunstâncias. O disposto nos artigos 311.º e seguintes do CCP é, pois, aplicável.

Antes de prosseguir com a presente análise, cabe ainda uma importante nota, relativa à validade das cláusulas contratuais que disponham em matéria de alteração das circunstâncias.

Com efeito, os contratos de concessão de serviços públicos podem conter, no seu clausulado, disposições em matéria de adaptação do contrato em caso de alteração das circunstâncias – não raras vezes, traduzidas numa mera transcrição dos preceitos legais aplicáveis –, como podem conter disposições em matéria de distribuição do risco, fazendo repercutir as consequências de determinadas circunstâncias na esfera do concessionário. Porém, e na linha do que já ficou dito *supra*, estas cláusulas não podem afetar o núcleo essencial do instituto da alteração das circunstâncias, fazendo incidir sobre o particular as consequências de factos

---

<sup>311</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral...*, cit., p. 350. No mesmo sentido, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”..., cit., p. 75; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva Por “Alteração das Circunstâncias”...”, cit., p. 521. Contra, cfr. PEDRO MELO, “O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas”..., cit., pp. 74 e 75.



verdadeiramente imprevisíveis, sob pena de violação dos princípios da justiça e da boa fé, além do princípio da legalidade<sup>312</sup>.

Em tudo o resto, dentro dos limites legalmente estabelecidos, as referidas cláusulas de alteração das circunstâncias são admitidas e deverão, naturalmente, ser tidas em consideração aquando da ponderação da adaptação do contrato na sequência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar.

## **1.2. Pressupostos de Aplicação do Instituto da Alteração das Circunstâncias**

Apresentado o instituto da alteração das circunstâncias, impõe-se uma breve referência aos respetivos pressupostos de aplicação<sup>313</sup>.

Retomando o artigo 312.º, alínea a), do CCP, que determina que o contrato pode ser modificado *quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*, é possível identificar, essencialmente, cinco pressupostos de funcionamento desta figura.

Desde logo, a aplicação deste instituto pressupõe uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, uma alteração da base do negócio objetivamente considerada.

---

<sup>312</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro" ..., cit., p. 107, explicando que *nenhuma cláusula de adaptação poderá ser interpretada como afastando o núcleo legal da alteração das circunstâncias, no Direito Público. Tal cláusula apenas poderá movimentar-se dentro do espaço deixado em aberto pelo legislador: prevendo regras de procedimento, métodos de avaliação, sinais de alarme quanto a alterações ou convenções especiais de arbitragem. Não é possível, nos contratos públicos, suprimir a faculdade de adaptação às circunstâncias, concentrando, designadamente no particular, o risco das eventualidades*. No mesmo sentido, cfr. PEDRO MELO, "O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas" ..., cit., p. 83.

<sup>313</sup> Aqui, com o auxílio da doutrina *jus-privatista* relativa às condições de admissibilidade da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias contidas no artigo 437.º do CC, atenta sua grande similitude com a construção contida no artigo 312.º, alínea a), do CCP.

Parafraseando PEDRO MELO, a expressão legal *radica no conjunto de circunstâncias cuja existência e persistência o próprio contrato exige de acordo com o seu sentido, fim e objeto, que sejam cognoscíveis ou conhecidas da outra parte no momento da celebração do contrato*<sup>314</sup>. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, a alteração diz respeito ao *circunstancialismo que rodeia o contrato, objetivamente tomado como tal, isto é, como encontro de duas vontades*<sup>315</sup>. Portanto, independentemente da percepção de cada uma das partes sobre o quadro circunstancial do contrato.

Em segundo lugar, a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar deve ser *anormal e imprevisível*. Qualificativos que, como se adiantou *supra*, acabam por transmitir a mesma ideia, já que dificilmente se equaciona uma alteração anormal que não seja, também, imprevisível – uma circunstância anormal será também imprevisível, precisamente, porque o seu caráter extraordinário impediu que tivesse sido tomada em conta pelas partes do contrato<sup>316</sup>.

Remete-se, pois, para o que acima ficou exposto sobre a imprevisão<sup>317</sup>.

Um terceiro pressuposto, diretamente relacionado com a imprevisão, é o de que a alteração, anormal e imprevisível, *não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*.

Recordando, uma vez mais, o que acima ficou exposto sobre a matéria<sup>318</sup>, sendo a previsibilidade o elemento que distingue o risco da imprevisão, uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não estará, naturalmente, coberta pelos

---

<sup>314</sup> PEDRO MELO, “O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas”..., cit., pp. 56 e 57.

<sup>315</sup> ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”..., cit., p. 73.

<sup>316</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva Por “Alteração das Circunstâncias”..., cit., p. 521.

<sup>317</sup> V. *supra*, Capítulo IV, ponto 1.

<sup>318</sup> V. *supra*, Capítulo IV, ponto 1.

riscos próprios do contrato. Assim como a alteração que ultrapasse os riscos próprios do contrato será, à partida, imprevisível.

Independentemente da referência contida na parte final do artigo aos riscos próprios do contrato, a álea do contrato já estaria, pois, assegurada pelos demais pressupostos de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias<sup>319</sup>. Pelo que a função desta referência é, essencialmente, a de conferir natureza supletiva a este instituto perante o regime legal e contratual do risco<sup>320</sup>, ou mesmo reiterá-la.

Relacionado com os anteriores está, ainda, um quarto pressuposto, de que *a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé*.

Quer isto dizer que, face à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a manutenção do contrato ou de algum dos seus termos tem de afetar gravemente os ditames da boa fé, *princípio que ilumina toda a disposição legal em apreço*<sup>321</sup>.

O que leva, desde logo, a concluir que certas alterações não serão relevantes para efeitos de funcionamento deste instituto. E aqui reside o quinto pressuposto de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias: perante a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, a manutenção do contrato com a sua configuração original tem de provocar uma lesão para as partes<sup>322</sup>, sob pena de a referida alteração não ser relevante para efeitos de resolução ou modificação do contrato. Especialmente num contexto de crise económica, a referida lesão poderá redundar na excessiva onerosidade económica de uma dada prestação, ainda que tal não seja o único tipo de lesão possível<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro” ..., cit., p. 77.

<sup>320</sup> *Ibidem*.

<sup>321</sup> PEDRO MELO, “O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas” ..., cit., p. 60.

<sup>322</sup> *Idem*, cit., p. 59.

<sup>323</sup> *Idem*, cit., pp. 59 e 60.

Considerando todo o exposto, além de anormal e imprevisível, a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar deve desequilibrar a relação contratual com particular intensidade – é, este afinal, o conteúdo útil, quer do artigo 437.º, n.º 1, do CC, quer do artigo 312.º, alínea a), do CCP, ao preverem que a exigência das obrigações afete gravemente os princípios da boa fé<sup>324</sup>. Com o instituto da alteração das circunstâncias há que conjugar, necessariamente, a segurança jurídica. E, como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, *a ordem jurídica traduz exuberantemente essa constrição: só admite intervenções fundadas na desproporção ou injustiça do conteúdo dos casos em que o desequilíbrio seja manifesto*<sup>325</sup>.

Percorridos os pressupostos de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, a questão que se coloca é, pois, se algumas das consequências da crise, com repercussão na vida do contrato de concessão de serviços públicos, podem ser qualificadas como uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 312.º, alínea a), do CCP.

### **1.3. A Crise Como Alteração das Circunstâncias**

Retomando o que acima ficou dito<sup>326</sup>, a crise pode ser responsável pela degradação da situação económica do concessionário e da sua capacidade de cumprir pontualmente o contrato.

Nalguns casos, a crise pode, mesmo, conduzir ao colapso económico do concessionário. Noutros casos, com menor intensidade, pode implicar uma maior onerosidade das obrigações contratualmente assumidas.

---

<sup>324</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva Por “Alteração das Circunstâncias” ..., cit., p. 526, exemplificando com o seguinte caso de escola: *Um facto superveniente (como um sismo) representa uma alteração extraordinária mas pode, para a concreta relação, não revestir particular gravidade. Pode provocar a queda da chaminé de casa que o empreiteiro constrói, mas isso não implica que o contrato deva ser resolvido ou modificado.*

<sup>325</sup> *Idem*, cit., p. 527.

<sup>326</sup> V. *supra*, Capítulo IV, ponto 3.2.

Do leque das possíveis consequências da crise, merecem destaque, pelo relevo que podem assumir no quadro do contrato de concessão de serviços públicos, as dificuldades ao nível da remuneração do concessionário e ao nível do cumprimento do serviço da dívida correspondente aos contratos de financiamento necessários para *pôr o serviço a funcionar*.

Concretamente no que respeita à remuneração do concessionário, por regra assegurada pelas tarifas cobradas aos utentes<sup>327</sup>, são particularmente relevantes as baixas no consumo, causadas pelo menor gasto em tempos de crise ou, simplesmente, por um consumo mais responsável. Na medida em que os custos associados à prestação do serviço em causa não baixam proporcionalmente à procura, estas quebras da procura têm uma importante repercussão sobre o equilíbrio económico-financeiro da concessão<sup>328</sup>. A suficiência tarifária pode ficar em causa, ficando comprometida, também, a remuneração do concessionário.

Por sua vez, no que respeita ao financiamento da concessão e ao cumprimento do correspondente serviço da dívida, assumem especial relevo as vicissitudes associadas à evolução dos mercados financeiros, como o aumento dos custos do financiamento ou o aumento das taxas de juro praticadas pelas entidades financiadoras<sup>329</sup>.

Ao que acrescem tantas outras possíveis consequências da crise. Recordando os exemplos arrolados por PEDRO GONÇALVES, num cenário de crise, o concessionário pode deparar-se com circunstâncias como a *contração geral do mercado e da procura, dificuldades de obtenção de crédito, flutuações das taxas de juros dos empréstimos bancários, revisão ou supressão de linhas de financiamento*,

---

<sup>327</sup> Ou através de uma prestação económico-financeira paga pelo concedente, dependente, por exemplo, da utilização do serviço.

<sup>328</sup> FRANCISCA VILLALBA PÉREZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, N.º 2, 2014, <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10195&path%5B%5D=10673>, 2015, cit., p. 4.

<sup>329</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 147.

*eliminação de programas públicos e de linhas de apoio, aumentos da carga fiscal*<sup>330</sup>, entre outras<sup>331</sup>.

Considerando o exposto, a questão que se coloca é se as aludidas consequências da crise podem subsumir-se no conceito de imprevisão, consubstanciando uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

Como refere PEDRO GONÇALVES, numa abordagem genérica do instituto, *o sucessivo aprofundamento da crise económica geral, com as consequências que são conhecidas (aumento dos custos de produção, da carga fiscal, dificuldades inesperadas de acesso ao crédito, corte de linhas e programas de apoio, etc.), pode constituir um elemento suficientemente demonstrativo de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*<sup>332</sup>. Entendimento que é secundado por ALEXANDRA LEITÃO, que refere que *as oscilações mais relevantes dos mercados constituem alterações das circunstâncias, dando azo a modificações objetivas e subjetivas do contrato*<sup>333</sup>.

Porém, e como alerta, também, ALEXANDRA LEITÃO, *das regras sobre a repartição do risco decorre que algumas dessas oscilações têm de ser suportadas pelo contraente particular, sob pena de a álea contratual recair integralmente sobre a Administração*<sup>334</sup>. O mesmo é dizer, na apreciação da imprevisibilidade da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, não poderá olvidar-se o disposto quanto ao risco contratual. Tal decorre, desde logo, da letra do artigo 312.º, alínea a), do CCP, que exige que a alteração em causa *não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*.

---

<sup>330</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 13.

<sup>331</sup> Tomando por exemplo o setor dos transportes, pense-se nas oscilações dos preços dos combustíveis, ou dos valores das compensações financeiras a receber pelos concessionários ao abrigo de políticas sociais do Estado.

<sup>332</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 48.

<sup>333</sup> ALEXANDRA LEITÃO, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*..., cit., pp. 23 e 24, dando como exemplo a enorme limitação no acesso ao crédito bancário, que torna difícil ou mesmo impossível o seu cumprimento por parte do co-contratante particular. Situação que, como refere, *é especialmente grave nas concessões, uma vez que a possibilidade de o concessionário obter financiamento nos mercados é uma condição essencial para que este possa executar o contrato nos termos acordados*.

<sup>334</sup> *Idem*, cit., p. 24.

Como ficou exposto, o instituto da alteração das circunstâncias é supletivo face ao regime legal e contratual do risco. Assim, no caso do contrato de concessão de serviços públicos há que ter em conta a regra da significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário e, ao abrigo dela, os concretos riscos assumidos por cada uma das partes.

De entre os riscos comumente assumidos pelo concessionário, cumpre destacar o risco de procura e o risco financeiro ou de crédito. A assunção desses riscos pelo concessionário parece deixar pouca margem para a subsunção das consequências da crise *supra* mencionadas no âmbito da imprevisão.

No que toca ao risco de procura, regra geral, a utilização de um serviço é suscetível de ser quantificada com um maior ou menor grau de aproximação. Assim, e como ficou dito, aquando da apresentação da respetiva proposta em sede pré-contratual, o futuro concessionário pode e deve partir de projeções quanto à utilização futura do serviço concedido, ancorando a sua proposta em dados com relativa fiabilidade. Tais projeções, apesar de comportarem alguma incerteza, envolvem um conjunto de dados que lhe permitem prever, com alguma razoabilidade, o que possa vir a acontecer com a utilização do serviço<sup>335</sup>.

Do mesmo modo, quanto ao risco financeiro ou de crédito, aquando da apresentação da respetiva proposta, o futuro concessionário é já conhecedor da globalidade das circunstâncias em que o serviço público irá desenvolver-se e, portanto, da forma como terá de assegurar as contrapartidas dos financiamentos obtidos junto dos bancos<sup>336</sup>, podendo, e devendo, precaver-se.

Normalmente, as aludidas quebras da procura e/ou oscilações dos mercados financeiros cabem no âmbito dos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos, sendo como tal suportados pelo concessionário – *casum sensit dominus*.

---

<sup>335</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., p. 161.

<sup>336</sup> *Ibidem*.

Atentas as características da atual crise financeira, equaciona-se, porém, que algumas das suas consequências possam, mesmo, ultrapassar os riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos.

No quadro da doutrina e da jurisprudência *jus-privatistas*, têm sido vários os contributos no sentido da qualificação da atual crise financeira como uma alteração anormal das circunstâncias, não coberta pelos riscos próprios do contrato, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 437.º, n.º 1, do CC.

Como explica CARNEIRO DA FRADA, ponderando a crise financeira como uma grande alteração das circunstâncias, *há que considerar a dimensão da sua ocorrência, a sua não antecipabilidade generalizada e o facto de radicar em causas interdependentes múltiplas que ultrapassam o poder de atuação e influência dos atores económicos singulares (por mais poderosos que sejam) e se projetam mesmo, como crise global, para além dos limites dos países e das várias zonas económicas do planeta. Embora falte ainda o distanciamento que é condição de uma análise mais esclarecida, é já opinião comum, largamente difundida em diversíssimos meios, que a crise económica e financeira que atualmente se vive constitui um acidente anormal, estrutural e grave na evolução que a economia mundial vinha experimentando. Por outro lado, essa crise surgiu surpreendendo tudo e todos*<sup>337</sup>.

Donde se conclui que *a natureza, a dimensão, as causas e os efeitos globais da atual crise financeira, ao transcenderem em muito a esfera de atuação e de controlo dos agentes económicos, pode perfeitamente representar uma alteração anormal das circunstâncias presentes ao tempo da conclusão dos diversos contratos celebrados pelos sujeitos*<sup>338</sup>.

O mesmo entendimento tem sido acolhido por várias decisões dos tribunais superiores. A título de exemplo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.05.2014, proferido no âmbito do processo n.º 1097/12.6TBMGR.C1,

---

<sup>337</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras” ..., cit., pp. 493 e 494.

<sup>338</sup> *Idem*, cit., p. 494.



concluindo que *a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram o contrato pode resultar da alteração da legislação existente à data do negócio, como pode resultar de acontecimentos políticos ou da modificação repentina do sistema económico vigente*<sup>339</sup>, como sucedeu a partir de 2008 com o rebentar da crise.

Na mesma linha, atente-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.06.2012, proferido no âmbito do processo n.º 187/10.4TVLSB.L2-2, no qual se concluiu que *a grave, inesperada e incontornável crise económica que se vem verificando desde 2008 alterou as circunstâncias em que as partes convencionaram o contrato de abertura de crédito, em termos que ferem a boa fé, não sendo normal o correspondente risco*<sup>340</sup>.

Como é referido neste aresto, de modo impressionante, *a referida crise não era, obviamente, antecipável; tanto que não o foi pela generalidade de economistas e pelo sistema financeiro internacional. Trata-se, pois, de uma alteração à grande base negocial, que afeta a existência social das partes*<sup>341</sup>.

Mesmo no quadro dos contratos aleatórios tem vindo a ser admitida a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, na medida em que os efeitos da crise ultrapassem o risco tipicamente compreendido nesses contratos.

Como afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, *é verdade que se o contrato é aleatório a parte aceitou o risco. Mas a alteração das circunstâncias funciona mesmo no domínio dos contratos aleatórios, porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser relevante*<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.05.2014 (Processo n.º 1097/12.6TBMGR.C1), ARTUR DIAS, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>340</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.06.2012 (Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2-2), SÉRGIO ALMEIDA, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

<sup>342</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva Por “Alteração das Circunstâncias” ..., cit., p. 524. No mesmo sentido, cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral...*, cit., p. 347.

E, neste quadro, é particularmente elucidativa a seguinte passagem do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08.05.2014, proferido no âmbito do processo n.º 531/11.7TVLSB.L1-8:

*O risco previsto é o risco tolerável, isto é, o risco razoável e de algum modo previsível na conjuntura económica e financeira vigente à data da celebração do contrato, altura em que a autora e também o réu podiam valorar, com conhecimento de causa, se a proposta do banco satisfazia ou não os seus interesses. (...)*

*Deste modo, atendendo à boa-fé que terá norteado o banco nos preliminares do contrato, não será razoável, perante as atuais circunstâncias, que se queira fazer valer de cláusulas que não foram equacionadas para um quadro de crise como o atual, em que as consequências do cumprimento do contrato, no que à autora respeita, ultrapassam o grau de risco nele previsto e com que as partes poderiam razoavelmente contar<sup>343</sup>.*

Considerando todo o exposto, admite-se que algumas das consequências da crise possam, também, ultrapassar os riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos.

Isto, porém, com uma importante precisão, relativa ao momento da celebração do contrato de concessão de serviços públicos em causa. É que se o argumento da crise como uma alteração profunda, inopinada e imprevisível das circunstâncias, além de quaisquer riscos assumidos pelo concessionário, pode ser invocado no quadro de um contrato celebrado em momento anterior ao eclodir da crise, já não o poderá ser no quadro de um contrato celebrado de 2008 em diante, já no epicentro da crise<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.05.2014 (Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1-8), ILÍDIO SACARRÃO MARTINS, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Na mesma linha, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 31.01.2013 (Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1), CONCEIÇÃO BUCHO, disponível em <http://www.dgsi.pt>, cuja decisão viria a ser confirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.ª Secção, de 10.10.2013 (Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1), GRANJA DA FONSECA, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>344</sup> Reconhecendo, apesar de tudo, a dificuldade em delimitar o concreto momento a partir do qual se pode falar na eclosão da crise e de um inequívoco conhecimento da situação de crise pelas partes

Naturalmente, os argumentos *supra* equacionados só fazem sentido quando estejam em causa contratos celebrados em momento anterior ao eclodir da crise<sup>345</sup>.

Como referem JOAN AMENÓS ÁLAMO e JUAN EMILIO NIETO MORENO, o instituto da alteração das circunstâncias não é um *seguro de perdas*<sup>346</sup>.

Nas elucidativas palavras de MARCELLO CAETANO, *podem os cálculos da remuneração falhar em circunstâncias normais e o particular sofrer prejuízos, porventura totais: mas trata-se então de consequências naturais do risco assumido numa empresa económica e que não constituem injustiça pois resultam de defeito de previsão, ignorância do negócio ou má gestão, sempre da responsabilidade do contraente*<sup>347</sup>.

---

no contrato. O período compreendido entre 2007 e 2008 será, mesmo, uma zona cinzenta nessa matéria.

<sup>345</sup> Neste sentido, cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras” ..., cit., p. 501; JOAQUÍM TORNOS MAS, “Contratación administrativa en época de crisis. La visión del contratista” ..., cit., p. 113. Retomando aqui a jurisprudência *jus-privatista*, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.09.2014 (Processo n.º 400/14.9YRLSB.L1-2), ONDINA CARMO ALVES, disponível em <http://www.dgsi.pt>, em que, perante um contrato promessa de compra e venda de ações celebrado em 2007 e objeto de uma adenda em 2009, foi rejeitada a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias contido no artigo 437.º do CC, por ausência dos respetivos requisitos. Como se pode ler no referido aresto: *Ora, mesmo após a crise internacional surgida em 2007, com manifestos reflexos no nosso país, em 2008, não impediu que as partes celebrassem o referido acordo, em Outubro de 2007, nos termos e condições aí estabelecidas, condições essas que as partes corroboraram, ainda em Fevereiro de 2009 (...) quando era já previsível (ou pelo menos deveria ter sido prevista) a possibilidade de acentuada retração económico-financeira, perante a então conjuntura económica e financeira vigente e que autores e réus não podiam deixar de valorar. Face à matéria apurada sobre o objeto, os termos e condições do negócio, bem como a temporalidade do mesmo, forçoso é concluir que a alteração alegadamente relevante não respeita a circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, antes se terá de considerar que o “risco” está imanente no próprio objeto contratual, no sentido em que as partes contratantes, tiveram em vista, precisamente, negociar sobre a incerteza de quaisquer condicionantes, o que sempre impediria a aplicação ao contrato em causa da doutrina da resolução ou modificação dos contratos ínsita no n.º 1 do artigo 437º do Código Civil, por ausência da verificação dos seus indispensáveis requisitos, assim improcedendo a pretensão dos réus de resolução do contrato aqui em apreciação.*

<sup>346</sup> JOAN AMENÓS ÁLAMO, JUAN EMILIO NIETO MORENO, “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública” ..., cit., p. 134.

<sup>347</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo I...*, cit., p. 629.

Não pode, pois, confundir-se um mau estudo económico, ou uma errada projeção, com uma circunstância realmente imprevisível<sup>348</sup>. Estando em causa um contrato de concessão de serviços públicos celebrado depois de 2008, no epicentro da crise financeira mundial, é seguro assumir que os respetivos impactos eram já do conhecimento do futuro concessionário, que, querendo, podia ter baseado a respetiva proposta em dados verosímeis. Neste contexto, se, por exemplo, a procura do serviço concessionado vier a revelar-se muito inferior à prevista, tal não deverá ser assacado a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes celebraram o referido contrato de concessão de serviços públicos, mas a uma errada projeção da procura<sup>349</sup>.

Pelo que muito dificilmente se poderá equacionar a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias com algum dos fundamentos *supra* descritos – associados, precisamente, aos impactos da atual crise financeira – no quadro de um contrato de concessão de serviços públicos celebrado já no contexto dessa mesma crise.

Finalmente, impõe-se outra importante precisão, relativa à concreta influência da crise sobre a vida do contrato.

Com efeito, a crise económica e financeira não constitui, por si só, causa de resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. No caso concreto, esta tem de provocar uma alteração efetiva, concreta, séria e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar<sup>350</sup>.

Como ficou exposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.01.2013, proferido no âmbito do processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, *é certo que o “sub-prime” originado nos Estados Unidos da América, desencadeou uma crise financeira*

---

<sup>348</sup> JOAN AMENÓS ÁLAMO, JUAN EMILIO NIETO MORENO, “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública” ..., cit., p. 134.

<sup>349</sup> *Idem*, cit., pp. 133 e 134.

<sup>350</sup> RICARDO PAZOS CASTRO, “La Posible Exoneración Del Deudor De Sus Obligaciones Contractuales Como Consecuencia De La Crisis Económica. Comentario A Las SSTs De 17 Y 18 De Enero De 2013”, in *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 23, N.º 1, 2013. Disponível em: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1232/1167>, 2015, cit., p. 139.

*internacional que se transmitiu ao plano económico e se agravou nos anos de 2008, 2009 e 2010 e potenciou a crise existente em Portugal, no entanto, tal crise económica (que se não nega) não conduz, só por si, e em termos genéricos, à aplicação do art.437º do CC. É necessário que haja uma correlação direta e demonstrada factualmente nos autos entre a crise económica geral e a atividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias*<sup>351</sup>.

Assim, muito embora a atual crise financeira possa ser causa de desequilíbrios num contrato de concessão de serviços públicos suscetíveis de fundar a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, a verdade é que, em tempos de crise, nem todos os incumprimentos se ficam a dever a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Naturalmente, este instituto não afasta o risco e a adequada diligência do concessionário<sup>352</sup>.

Nas palavras de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *a ideia de crise contém elementos que bloqueiam a argumentação*<sup>353</sup>. O conceito de crise remete para a ideia de perturbação suprema dos equilíbrios, promovendo a perceção de que *a crise representa uma situação única nunca experimentada e irrepetível no futuro (ou porque se supera, ou porque se destrói tudo)*<sup>354</sup>.

Porém, e como ficou dito, a crise não é, por si só, pressuposto de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias. Apesar de se reconhecer a forma inopinada e profunda como a atual crise financeira eclodiu, bem como a intensidade dos seus impactos na vida de muitas empresas, nem sempre esta conduzirá à aplicação do disposto no artigo 312.º, alínea a), do CCP, o qual depende da verificação de um conjunto de pressupostos.

---

<sup>351</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.ª Secção, de 10.01.2013 (Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1), ORLANDO AFONSO, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>352</sup> JOAN AMENÓS ÁLAMO, JUAN EMILIO NIETO MORENO, “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública” ..., cit., p. 134.

<sup>353</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “A Revolução Neoliberal e a Subversão do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica” ..., cit., p. 81.

<sup>354</sup> *Idem*, cit., p. 87.

Considerando todo o exposto, num cenário de crise, um contrato de concessão de serviços públicos só poderá ser modificado por aplicação do disposto no artigo 312.º, alínea a), do CCP, com esse mesmo fundamento, quando, no caso concreto, se possa subsumir uma qualquer consequência da crise sobre o contrato numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, e desde que o cumprimento das obrigações assumidas pela parte afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Pressupostos cuja verificação, se se admite, eventualmente, no quadro de um contrato de concessão de serviços públicos celebrado em momento anterior ao eclodir da crise, muito dificilmente se equaciona no quadro de um contrato celebrado em momento posterior, já no epicentro da crise.

## **2. A Crise Como *Fait du Prince***

De um modo geral, o *fait du prince*, ou facto do príncipe, pode apresentar-se como uma perturbação do contrato decorrente do exercício de poderes públicos.

Consubstanciando uma *expressão histórica vinda do absolutismo*<sup>355</sup>, o *fait du prince* começou por ser utilizado no contexto do *poder real de incumprir os pactos*<sup>356</sup>.

A teoria do *fait du prince* surgiu em finais do século XIX e início do século XX, pela mão da jurisprudência do *Conseil d'Etat*, como reconhecimento de uma prerrogativa exorbitante da Administração Pública de alterar as prestações devidas pelo contraente privado, de forma a adaptá-las à melhor prossecução do interesse público visado pelo contrato<sup>357</sup>, numa história que *se cruza com o despontar do “contrato” como modo de atuação da Administração*<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 626.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo...*, cit., pp. 130 a 132.

<sup>358</sup> CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos – Reflexão Sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em Caso de Extinção do Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2012, cit., p. 47.

Foi a necessidade de adequar os contratos de concessão celebrados pela Administração às novas técnicas então descobertas (como no caso da transição da iluminação pública a gás para a iluminação pública elétrica) ou às novas necessidades públicas (como no caso do aumento das linhas de caminhos de ferro) que, nesta época, motivou o *Conseil d'Etat* a admitir que a Administração Pública poderia impor aos seus co-contratantes adaptações exigidas pelas mutações do interesse público subjacente ao contrato celebrado<sup>359</sup>.

Sob a denominação de *ius variandi* ou *fait du prince*, primeiro a jurisprudência e depois a doutrina passaram a admitir o poder de modificação unilateral e autoritária dos contratos celebrados pela Administração, em moldes que se entendia não serem admissíveis no quadro dos contratos de Direito Privado, e que levaram mesmo à autonomização do contrato administrativo enquanto forma de atuação da Administração Pública<sup>360</sup>.

Com esta herança, o *fait du prince* começou, assim, por ser reconduzido ao poder de modificação unilateral do contrato, num plano estritamente contratual<sup>361</sup>.

Porém, a teoria do *fait du prince* evoluiu e atualmente assenta numa visão fundamentalmente extracontratual, isto é, numa ideia de ato de poder externo ao contrato, ainda que com incidência direta sobre o mesmo. Estão em causa, pois, atos praticados, quer por pessoas coletivas de Direito Público estranhas ao contrato, quer pelo próprio contraente público (no uso de poderes gerais, fora da esfera contratual), mas com influência sobre a execução do contrato.

---

<sup>359</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo...*, cit., p. 131.

<sup>360</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III...*, cit., p. 277; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo...*, cit., pp. 130 a 132, clarificando: *Consagrado numa época em que este caráter dinâmico da relação contratual era inteiramente desconhecido na doutrina jus-privatista, o poder da Administração de exigir do seu contraente alterações em relação às cláusulas iniciais do contrato foi concebido como a mais significativa de todas as prerrogativas exorbitantes da Administração. Aliás, nunca mais este "ius variandi" se libertou das conotações de situação excecional, exorbitante, incompatível com o Direito Privado, apesar de aos poucos o seu âmbito ter sido significativamente reduzido, através de esclarecimentos acerca da sua noção e sobretudo através da introdução de inúmeros limites à sua aplicação.*

<sup>361</sup> CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos...*, cit., pp. 47 e 48.

Neste quadro, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS caracterizam o *fait du prince* como o ato jurídico de carácter geral, por isso estranho à relação contratual, mas com impacto sobre a execução do contrato administrativo<sup>362</sup>.

No mesmo sentido, veja-se PEDRO GONÇALVES, referindo-se ao *factum principis* como o conceito que designa uma atuação exterior ao contrato da Administração concedente, de outra entidade administrativa ou até do legislador, que determina uma perturbação significativa da equação económico-financeira do contrato<sup>363</sup>.

De igual modo, ALEXANDRA LEITÃO, definindo o facto do príncipe como uma atuação extracontratual, de carácter genérico e normativo – resulta de alterações constitucionais, legais ou regulamentares – que afetam o contrato, embora não o tenham por objeto<sup>364</sup>.

E ainda CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, reconduzindo o *factum principis* a atos lícitos dos poderes públicos, praticados num plano extracontratual, que atingem de modo direto e especial o contrato, provocando a modificação dos seus termos ou a sua própria extinção<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III..., cit., p. 421.

<sup>363</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 260, referindo, ainda, que ao contrário do poder de modificação, estão aqui em causa medidas gerais, que têm efeitos sobre o contrato, embora não o tenham por objeto (v.g., redução da área de uma concessão municipal por força de uma medida legal criadora de um novo município onde ficam integradas freguesias abrangidas pela concessão).

<sup>364</sup> ALEXANDRA LEITÃO, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais...*, cit., p. 9.

<sup>365</sup> CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos...*, cit., p. 14, complementando: Trata-se aqui, no essencial, de medidas político-legislativas, adotadas por entes públicos terceiros ao contrato ou mesmo pelo contraente público, mas em qualidade diversa da de parte contratante, no exercício de outros poderes e até de outras funções estaduais que igualmente desempenha no quadro da organização administrativa ou dos órgãos de soberania. (...) Relevam igualmente nesta sede, embora num plano secundário (...), as medidas tomadas no exercício dos poderes gerais administrativos, nomeadamente por via do poder regulamentar.



Donde se retira que parte significativa da doutrina afasta hoje a teoria do *fait du prince* do âmbito contratual, identificando-o com o exercício de poderes extracontratuais<sup>366-367</sup>.

Sintetizando, o facto do príncipe, ou *fait du prince*, apresenta-se assim como uma atuação extracontratual, de carácter normativo – seja ao nível constitucional, legal ou regulamentar –, que afeta os termos da execução do contrato, embora não o tenha por objeto. Trata-se de uma alteração do quadro normativo do contrato, provocada por um ato do contraente público ou, de um modo mais geral, por um ato de uma qualquer entidade pública, no exercício de atribuições ou competências que nada têm que ver com o contrato administrativo em causa, mas que se projetam sobre o mesmo.

Considerando o exposto, o *fait du prince* pode caracterizar-se por quatro elementos essenciais, que permitem distingui-lo, desde logo, do poder de modificação unilateral.

Em primeiro lugar, o facto do príncipe caracteriza-se pela fonte do ato, que, como ficou exposto, tanto pode emanar do contraente público, como de uma pessoa coletiva de Direito pública estranha à relação jurídica contratual<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., pp. 534 a 537, vai mais longe, circunscrevendo aquilo a que chama *factum principis em sentido próprio* às perturbações do contrato por força de alterações legislativas. Neste quadro, distingue quatro tipos de situações: a) a modificação unilateral *stricto sensu*, em que o adjudicante, por força de uma redefinição estratégica do *modus operandi*, tendo em conta novas circunstâncias de interesse público ou reponderação das existentes, determina a alteração da forma de execução do contrato (...); b) a modificação unilateral *lato sensu*, na qual a entidade adjudicante se limita a fazer refletir no contrato determinações genéricas, de sua lavra, mas emitidas à margem do seu poder de conformação da relação contratual, tecidas abstratamente para reger uma determinada categoria de contratos (...); c) a modificação unilateral induzida ou reflexa, com origem numa alteração desencadeada por uma decisão emanada de uma entidade administrativa externa ao contrato (...); d) [e] finalmente, aquilo a que reconduziríamos o *factum principis em sentido próprio*: a alteração dos termos do contrato por superveniência de uma alteração legislativa que imediatamente se reflita no seu conteúdo.

<sup>367</sup> Aqui, sem descurar uma outra corrente doutrinária, que sustenta um conceito mais amplo de *fait du prince*, reconduzindo-o quer ao poder de modificação unilateral do contraente público, quer ao exercício de outros poderes públicos, fora do âmbito contratual. Neste sentido, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1980, cit., pp. 707 a 711, reconhecendo, porém, que *sob essa designação se escondem factos de natureza muito diferente, aos quais não corresponde necessariamente o mesmo regime jurídico*.

<sup>368</sup> CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*..., cit., p. 58.

Nesta linha, o *fait du prince* caracteriza-se, também, pela natureza jurídica e pela função do Estado de que decorre o ato em causa. Ao passo que o exercício do poder de modificação unilateral se traduz, necessariamente, na prática de um ato administrativo, no âmbito da função administrativa, o *fait du prince* decorre da prática de um ato normativo, quer no âmbito da função administrativa<sup>369</sup>, quer no âmbito da função política<sup>370</sup>.

Em terceiro lugar, o *fait du prince* caracteriza-se pelo interesse público subjacente ao ato normativo em causa, que pode ir muito além dos fins de interesse público prosseguidos com o contrato. Recorde-se que está aqui em causa um ato normativo, geral e abstrato<sup>371</sup>, e, como tal, passível de afetar um número indeterminado de sujeitos e relações jurídicas. Como refere, assim, CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, *enquanto as prerrogativas de autoridade sobre o contrato atendem ao interesse público contratual, i.e. estão intimamente relacionadas com a mutação e reavaliação das necessidades públicas subjacentes a cada contrato em particular, o facto do príncipe assenta, por norma, numa visão mais lata e abrangente do interesse público, exógena ao contrato e associada, sobretudo quando estejam em causa medidas político-legislativas, à prossecução do interesse geral subjacente às opções estruturais do Estado*<sup>372</sup>.

Finalmente, esta figura caracteriza-se pelo modo como o ato em causa atua sobre o contrato. Naturalmente, o exercício do poder de modificação unilateral opera *a partir do interior do contrato*, visando-o específica e exclusivamente. Já o facto do príncipe tem impacto sobre o contrato, mas não o tem por objeto<sup>373</sup>, o que está

---

<sup>369</sup> Aqui, sem prejuízo do entendimento mais restrito seguido por alguma doutrina, no sentido da limitação do *fait du prince* em sentido próprio às alterações legislativas (portanto, fora do âmbito da função administrativa). Neste sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., pp. 536 e 537.

<sup>370</sup> CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos...*, cit., pp. 58 e 59, aqui se incluindo tanto a função legislativa como a função governativa ou política *stricto sensu*.

<sup>371</sup> Sobre este ponto, cfr. CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos...*, cit., p. 59, admitindo a integração no facto do príncipe das chamadas *leis-medida*.

<sup>372</sup> *Ibidem*.

<sup>373</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III...*, cit., p. 421.

necessariamente ligado ao facto de esta figura se traduzir num ato geral e abstrato, praticado fora do âmbito da relação contratual.

Significa isto que, se o exercício do poder de modificação unilateral afeta sempre de forma imediata o conteúdo do contrato, o facto do príncipe pode limitar-se a alterar as circunstâncias que o contrato pressupõe<sup>374</sup>.

Já no quadro das consequências do ato em que se traduz o *fait du prince*, a aproximação ao poder de modificação unilateral é, todavia, patente, especialmente quando o facto perturbador do contrato emane do contraente público.

De facto, é o próprio legislador que aponta neste sentido, ao estabelecer, no artigo 314.º, n.º 1, alínea a), do CCP, que *o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo critérios estabelecidos no presente Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja (...) a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercuta de modo específico na situação contratual do co-contratante.*

Assim, quando a alteração das circunstâncias que rodeiam o contrato seja imputável a *fait du prince* do contraente público, o legislador equipara-a, ao nível das consequências, ao exercício do poder de modificação unilateral por razões de interesse público<sup>375</sup>, determinando a reposição do equilíbrio financeiro do contrato por parte do contraente público. O que se compreende, uma vez que nestes casos a modificação do contrato é, em última análise, imputável ao contraente público<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> *Idem*, cit., pp. 422 e 423, reconhecendo que o facto do príncipe pode também implicar diretamente a modificação ou extinção do contrato administrativo e apontando, a título de exemplo: (...) *uma lei que torne injuntiva uma norma legal anteriormente supletiva, que as partes num contrato administrativo tenham afastado através de uma cláusula contratual, acarreta a caducidade desta; uma lei que proíba a concessão de determinado serviço público acarreta a caducidade dos contratos de concessão de tal serviço.*

<sup>375</sup> Cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 314.º do CCP.

<sup>376</sup> Como refere CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos” ..., cit., p. 535, nestes casos, que reconduz à figura da modificação unilateral em sentido lato, *a compensação a atribuir ao co-contratante há-de aproximar-se daquela concedida em sede de modificação unilateral em sentido estrito, porque, em última análise, a alteração dá-se por*

Quando o *fait du prince* decorra de ato praticado pelo contraente público, no exercício de poderes extracontratuais, não poderá, naturalmente, falar-se em imprevisão.

Já quando a perturbação da execução do contrato administrativo decorra da prática de um ato de uma qualquer pessoa coletiva pública estranha ao contrato, no exercício de uma qualquer função do Estado, no plano extracontratual, a subsunção do *fait du prince* à imprevisão fará sentido.

Certo é que, além do regime *supra* citado, o legislador não cuidou de esclarecer qual o regime aplicável se o facto do príncipe resultar de outra entidade, estranha à relação contratual.

Neste quadro, várias vozes na doutrina têm reconduzido esta hipótese ao regime da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, considerando a imprevisibilidade associada a uma alteração, seja ela regulamentar ou legislativa, para as partes do contrato<sup>377</sup>. Nestes casos, a modificação do contrato é determinada por valorações alheias à esfera de intervenção das partes, que são obrigadas a conformar-se com o conteúdo das medidas que lhes são apresentadas.

Alguns autores, porém, não deixam de equacionar a recondução das perturbações do contrato por facto do príncipe ao risco contratual.

Neste contexto, ALEXANDRA LEITÃO aponta dois caminhos possíveis no caso de o *fait du prince* resultar de uma atuação de uma entidade estranha à relação contratual: *ou se subsume na figura da alteração das circunstâncias, ou cai no risco contratual e cada parte suporta os prejuízos na respetiva esfera jurídica*<sup>378</sup>.

---

*facto imputável ao contraente público, apesar de ter origem numa reconfiguração abstrata da regulação de uma categoria de contratos.*

<sup>377</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III..., cit., pp. 422 e 423; CARLA AMADO GOMES, "A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos"..., cit., pp. 535 a 537; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*..., cit., p. 260.

<sup>378</sup> ALEXANDRA LEITÃO, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*..., cit., pp. 9 e 10.

Concluindo que *qualquer uma das situações pode ser, em abstrato, aplicável, dependendo, em concreto, do efeito que o facto do príncipe tenha sobre o contrato, consoante se possa considerar que o cumprimento das prestações nos termos acordados inicialmente continua a ser exigível, ou, pelo contrário, que a sua manutenção atenta contra o princípio da boa fé*<sup>379</sup>.

Na mesma linha, referindo-se aos agravamentos contratuais resultantes de medidas genéricas que atingem tanto o contraente como outros empresários, FREITAS DO AMARAL subsume estes eventos à figura do risco contratual, sem excluir a possibilidade de se fazer funcionar a teoria da imprevisão<sup>380</sup>.

Porém, considerando o tipo de eventos aqui em causa – atos normativos praticados por entidades estranhas ao contrato, no exercício da função política ou da função administrativa – dificilmente se concebe que o *fait du prince* esteja incluído nos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos.

Atendendo à duração do contrato de concessão de serviços públicos<sup>381</sup>, compreende-se que muito pode acontecer a nível legislativo, e mesmo regulamentar, sendo impossível ao concessionário prefigurar e, por conseguinte, contar com tais eventos aquando da apresentação da sua proposta em sede pré-contratual<sup>382</sup>.

Como refere PEDRO MELO, especificamente a propósito das alterações legislativas em matéria fiscal, um agravamento significativo das condições fiscais terá inevitavelmente impactos negativos para os concessionários, podendo, no limite,

---

<sup>379</sup> *Idem*, cit., p. 10.

<sup>380</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 628, concluindo: (...) *como se trata de medidas que atingem o co-contratante da Administração não enquanto tal, mas como empresário, deve aquele sujeitar-se às consequências daí derivadas (à semelhança do que acontece com os restantes empresários), salvo a possibilidade de se fazer funcionar a teoria da imprevisão.*

<sup>381</sup> Sendo o prazo supletivo de 30 anos, nos termos do disposto no artigo 410.º, n.º 2, do CCP.

<sup>382</sup> PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas...*, cit., pp. 159 e 160, dando nesta sede um exemplo elucidativo: (...) *também por ato legislativo, é decretado que a taxa de IRC, no contexto da imperiosa necessidade de redução do défice público, passa para o triplo daquela que estava em vigor quando os contratos foram celebrados. E pergunta-se: os concessionários afetados por estes atos legislativos devem arcar com as suas consequências? Correram esse “risco” na proposta que lhes foi adjudicada?*

conduzi-los à ruina económica<sup>383</sup>, quando na verdade estes *não podem, razoavelmente, considerar nas suas propostas cenários de modificações das leis fiscais que se revelem inusitados em face das tendências das políticas fiscais contemporâneas com o contrato de concessão celebrado*<sup>384</sup>.

Considerando o exposto, as consequências de um ato normativo emanado de uma entidade pública estranha ao contrato, configurando um verdadeiro facto imprevisto, deverão, assim, ser reconduzidas ao regime da alteração das circunstâncias<sup>385</sup>, conferindo ao concessionário o direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade<sup>386</sup>.

Neste quadro, e à semelhança do que *supra* ficou exposto quanto às cláusulas contratuais que disponham em matéria de alteração das circunstâncias, uma nota se impõe quanto à validade das cláusulas contratuais que disponham sobre eventos subsumíveis à figura do *fait du prince*.

Com efeito, os contratos de concessão de serviços públicos podem conter, no seu clausulado, disposições em matéria de alocação das consequências dos atos normativos que venham a ocorrer durante a vida do contrato. E não raras vezes estas disposições reconduzem as consequências das alterações legislativas de carácter geral que venham a ocorrer na vigência do contrato ao âmbito do risco contratual, fazendo-as recair sobre o concessionário.

Porém, e como ficou dito, num raciocínio que tem aqui plena aplicação, as referidas cláusulas não podem afetar o núcleo essencial do instituto da alteração das

---

<sup>383</sup> *Idem*, cit., p. 164.

<sup>384</sup> *Ibidem*.

<sup>385</sup> Ainda neste sentido, cfr. JOANA GUEDES, “Parcerias Público-Privadas e a Distribuição do Risco”..., cit., p. 16, que, referindo-se (impropriamente) às consequências das alterações legislativas como *risco legislativo* ou *risco político*, afirma que estes deverão ser assumidos pelo Estado. Na mesma linha, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”..., cit., p. 111, referindo, de forma elucidativa: *Ninguém, de bom senso, iria contratar a 20 ou a 30 anos se, no programa económico-financeiro subjacente, tivesse de integrar variáveis de tipo político...*

<sup>386</sup> Cfr. artigo 314.º, n.º 2, do CCP.

circunstâncias<sup>387</sup>, fazendo incidir sobre o concessionário as consequências de factos verdadeiramente imprevisíveis, sob pena de violação dos princípios da justiça e da boa fé, além do princípio da legalidade<sup>388</sup>. O mesmo é dizer, não podem as partes encapotar sob a figura do risco aquilo que, é afinal, imprevisão, imputando ao concessionário as consequências de factos que este não podia, pura e simplesmente, prever, sendo cláusulas contratuais deste teor inadmissíveis.

Em face do exposto quanto a esta figura, facilmente se compreende que a crise pode estar na base de alterações legislativas e regulamentares<sup>389</sup> suscetíveis de perturbar a execução de um contrato de concessão de serviços públicos e, como tal, configuráveis como *fait du prince*.

Como possíveis efeitos da crise, chamam-se, desde logo, à colação as várias alterações legislativas em matéria fiscal, traduzidas num agravamento da carga fiscal – quer através da criação de novos impostos, quer através do agravamento das taxas de imposto existentes, quer ainda através da extinção de benefícios fiscais. Como ficou *supra* exposto, conquanto tenha impacto sobre a execução do contrato de concessão de serviços públicos em causa, uma alteração da legislação fiscal consubstanciará, sem margem para grandes dúvidas, um evento subsumível ao *fait du prince*.

Mas outras tantas alterações no plano legislativo, mas também regulamentar, podem perspetivar-se num quadro de crise. Basta atentar no conjunto de reformas levadas a cabo, nos vários setores de atividade, nas últimas legislaturas. Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, estamos na era dos *pacotes anticrise*<sup>390-391</sup>.

---

<sup>387</sup> Naturalmente, pressupondo que este instituto tem aplicação no caso, por o ato normativo em causa provir de uma entidade estranha ao contrato, nos termos *supra* expostos.

<sup>388</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro” ..., cit., p. 107.

<sup>389</sup> Até à presente data, a crise económica e financeira que vivemos ainda não foi palco de nenhuma revisão constitucional, o que permite cingir os factos do príncipe neste contexto aos atos legislativos e regulamentares.

<sup>390</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., pp. 5 e 6.

<sup>391</sup> Como refere, de um modo mais geral, PAULO OTERO, “A Crise: Um Novo Direito Administrativo”, in *A Crise e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, cit., p. 208, *o Direito Administrativo encontra-se numa fase de forçada e inevitável racionalização de meios e de estruturas da Administração Pública: a preocupação de consolidação orçamental dita a redução dos níveis prestacionais (...), uma previsível revisão de contratos administrativos – desde logo, as parcerias público-privadas –, o cancelamento de*

Sejam esses atos normativos emanados de uma pessoa coletiva de Direito Público estanha ao contrato, ou do próprio concedente no uso de poderes gerais, fora da esfera contratual, ponto é que os mesmos tenham influência sobre a execução do contrato, embora não o tenham por objeto.

Assim, para aplicação do regime subjacente ao *fait du prince*, não basta que ocorra uma alteração legislativa ou regulamentar suscetível de influir da vida do contrato. É necessário que o referido ato normativo perturbe, efetivamente, a execução do contrato, impondo a sua conformação<sup>392</sup>.

Acresce que, como apontam JOAN AMENÓS ÁLAMO e JUAN EMILIO NIETO MORENO a respeito da compensação que haja a atribuir por força do *fait du prince*, mesmo perante uma alteração normativa prejudicial para a execução do contrato de concessão e, em especial, para o concessionário, há que valorar as possibilidades de correção derivadas de outros benefícios em jogo<sup>393</sup>.

Quer isto dizer que, perante um facto suscetível de consubstanciar um *fait du prince*, nos termos *supra* expostos, haverá que avaliar as suas consequências de uma forma global, no contexto geral do contrato.

À semelhança do que já ficou exposto quanto ao funcionamento do instituto da alteração das circunstâncias, não pode o concessionário procurar, aqui, um *seguro contra perdas*<sup>394</sup>. Retomando o exemplo do agravamento da carga fiscal, traduzida na extinção de um benefício fiscal que aproveitava ao concessionário, a

---

*procedimentos concursais envolvendo grandes investimentos em obras públicas, a fusão e extinção de estruturas orgânicas administrativas, o congelamento de admissões na função pública, a alienação de bens visando reduzir despesas e aumentar receitas, a limitação da capacidade de endividamento das entidades infraestaduais e do setor empresarial público.*

<sup>392</sup> O que naturalmente será mais perceptível no caso de um *fait du prince* se traduzir numa conformação direta da relação contratual, como, por exemplo, no caso da extinção de um serviço público que havia sido objeto de um contrato de concessão de serviços públicos.

<sup>393</sup> JOAN AMENÓS ÁLAMO, JUAN EMILIO NIETO MORENO, “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública”..., cit., pp. 137 a 139, que, partindo do exemplo de um *fait du prince* que se traduziu na perda de um benefício fiscal por parte de um concessionário, assinalam que a redução das receitas associada ao facto de o concessionário deixar de aproveitar o referido benefício pode, por hipótese, ser compensada por um aumento dos utentes do serviço.

<sup>394</sup> *Idem*, cit., p. 138.



compensação a atribuir-lhe<sup>395</sup> não deverá compreender a totalidade do imposto que teve de satisfazer em excesso em consequência da perda do benefício fiscal em apreço, que pode ser compensada por outros fatores. Na consideração do incremento dos custos de exploração do serviço concessionado derivados a perda do benefício fiscal em apreço é, pois, imprescindível considerar a globalidade dos resultados da exploração<sup>396</sup>.

O mesmo é dizer, de um modo geral, que na consideração das consequências de um *fait du prince* na execução de um dado contrato de concessão de serviços públicos, é imprescindível ponderar a exploração do serviço concessionado no seu todo, podendo inclusivamente concluir-se que, no caso concreto, a alteração normativa decorrente do *fait du prince* não perturbou o equilíbrio financeiro do contrato.

### 3. A Crise Como Caso de Força Maior

Finalmente, cumpre fazer uma nota ao caso de força maior, comumente apresentado como uma situação *em que se verifica um facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente o cumprimento das obrigações*<sup>397</sup>.

Nas palavras de MARCELLO CAETANO, está em causa um *facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais*<sup>398</sup>, de que são exemplos típicos os cataclismos (como os incêndios, tremores de terra, inundações e ciclones) que destruam ou danifiquem obras ou instalações, as greves que forcem a paralisação de serviços e fornecimentos e, ainda, os atos de guerra ou rebelião que impeçam as partes de

---

<sup>395</sup> Trata-se aqui da reposição do equilíbrio do equilíbrio financeiro, no caso do *fait du prince* emanado do contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual (cfr. artigo 314.º, n.º 1, alínea a), do CCP), ou da atribuição de uma compensação financeira segundo juízos de equidade, no caso do *fait du prince* emanado de pessoa coletiva pública estranha à relação contratual (cfr. artigo 314.º, n.º 2, do CCP).

<sup>396</sup> JOAN AMENÓS ÁLAMO, JUAN EMILIO NIETO MORENO, “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública” ..., cit., p. 138.

<sup>397</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 517.

<sup>398</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo I...*, cit., p. 623.

cumprir as suas obrigações contratuais<sup>399</sup>. Parafraseando MARIA JOÃO ESTORNINHO, *o exemplo clássico desta situação é o do tremor de terra que destrói o bem cuja exploração é objeto de concessão*<sup>400</sup>.

Como refere, na mesma linha, PEDRO MELO, o conceito de força maior em sentido amplo *consiste num acontecimento natural ou num facto de terceiro que, não sendo imputável à culpa do devedor, torna impossível a prestação a que este estava obrigado*<sup>401</sup>.

Neste quadro, o caso de força maior tem subjacente uma ideia de imprevisibilidade e de irresistibilidade. Imprevisibilidade, porquanto estão em causa eventos cuja verificação, pese embora seja possível, não se sabe se ocorrerá durante a execução do contrato e, ocorrendo, que efeito terá<sup>402</sup>. Irresistibilidade, na medida em que os eventos em causa implicam uma impossibilidade absoluta de execução do contrato<sup>403</sup>. Na terminologia anglo-saxónica, trata-se de um *act of God*.

A figura do caso de força maior emerge, assim, como uma *justificação da paralisação do serviço*<sup>404</sup>, que volta a funcionar logo que cesse esse evento impeditivo, e sem que a suspensão da atividade importe penalizações para o devedor da prestação. Podendo igualmente consubstanciar uma causa legítima de resolução do contrato por uma das partes, quando o evento impeditivo se prolongue e torne o incumprimento do contrato impossível<sup>405</sup>.

---

<sup>399</sup> *Idem*, cit., pp. 623 e 624.

<sup>400</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 517.

<sup>401</sup> PEDRO MELO, “Contratos de Concessão de Obras Públicas e Força Maior”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 6, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2012, cit., p. 25.

<sup>402</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 517 e 518, referindo, ainda, que *não se trata exatamente da previsibilidade real do acontecimento, uma vez que, por exemplo, um acontecimento em si mesmo previsível pode ter consequências de amplitude imprevisível*.

<sup>403</sup> *Idem*, cit., p. 518.

<sup>404</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 541.

<sup>405</sup> Nomeadamente, por perda do interesse do credor ou por desaparecimento do objeto do contrato. Neste sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 541; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 649.

Apresentados os traços gerais do caso de força maior – assente na impossibilidade, temporária ou permanente de realização das prestações contratualmente assumidas por uma ou por ambas as partes – dificilmente se concebe esta figura enquanto causa de modificação objetiva do contrato. Aliás, é precisamente este um dos argumentos utilizados para distinguir o caso de força maior da modificação do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias – ao contrário do que sucede perante um caso de força maior, neste último caso o cumprimento é, ainda, jurídica e materialmente possível, apesar de *economicamente desastroso*<sup>406</sup>.

Foi precisamente nesta lógica que, no início do século XX, o *Conseil d'Etat* se debruçou sobre o tema da *force majeure*, no caso *Compagnie des messageries maritimes et a utres*.

Em 1909, perante uma greve da marinha mercante que gerou uma paralisação que inviabilizou o funcionamento dos serviços postais marítimos assegurados por empresas concessionárias, o *Conseil d'Etat* entendeu verificar-se um caso de força maior. Isto na medida em que a referida greve era totalmente alheia à vontade das partes do contrato, designadamente à parte que a invocava, era impossível de prever e evitar e inviabilizava em absoluto o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas<sup>407</sup>. Como foi salientado no referido aresto, estava em causa, para a concessionária, não um mero constrangimento, mas um obstáculo intransponível.

Considerando o exposto, o caso de força maior, pensado numa lógica de impossibilidade total, temporária ou definitiva, tem um efeito essencialmente liberatório e, no limite, extintivo do contrato.

Perante uma situação de impossibilidade temporária de cumprimento do contrato<sup>408</sup>, o contrato não se altera, antes se suspendendo a sua eficácia<sup>409</sup>. Isto é,

---

<sup>406</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 643.

<sup>407</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 540.

<sup>408</sup> Já se a impossibilidade de cumprimento do contrato for definitiva, a consequência do caso de força maior é a extinção do contrato, nos termos do artigo 330.º, alínea a), do CCP.

<sup>409</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 649.

durante o tempo em que a realização das prestações contratualmente assumidas por uma das partes fica impossibilitada por causa de um caso de força maior, a execução do contrato fica *paralisada*<sup>410</sup>, sem que a suspensão da atividade objeto do contrato importe penalizações para o devedor da prestação.

Este efeito é consentido pelo artigo 325.º, n.º 1 do CCP, ao dispor que *se o co-contratante não cumprir de forma exata e pontual as obrigações contratuais ou parte delas por facto que lhe seja imputável, deve o contraente público notificá-lo para cumprir dentro de um prazo razoável, salvo quando o cumprimento se tenha tornado impossível ou o contraente público tenha perdido o interesse na prestação.*

Preceito que deve conjugar-se com o n.º 4 do mesmo artigo, que determina que *o disposto nos números anteriores [designadamente, quanto à notificação para cumprimento e à possibilidade de efetivação das prestações de natureza fungível em falta diretamente ou por terceiro, ou à resolução do contrato com fundamento em incumprimento definitivo, na sequência daquela notificação] não prejudica a aplicação pelo contraente público de sanções previstas no contrato para o caso de incumprimento pelo co-contratante, por facto que lhe seja imputável, nem a aplicação das disposições relativas à obrigação de indemnização por mora e incumprimento definitivo previstas no Código Civil.*

Ao circunscrever a responsabilidade do co-contratante pelo incumprimento aos casos em que este decorre de facto que lhe seja imputável, é assim de admitir, *a contrario sensu*, que este preceito compreende os casos de força maior<sup>411</sup>.

Afinal de contas, *a função principal do referido poder sancionatório não é tanto a de reprimir as violações contratuais, nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o co-contratante a cumprir a prestação a*

---

<sup>410</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 541.

<sup>411</sup> PEDRO MELO, “Contratos de Concessão de Obras Públicas e Força Maior”..., cit., pp. 37 e 38, concluindo, assim, que *se o incumprimento é justificado por caso de força maior ou por facto do contraente público ou ainda por facto de terceiro, não há base contratual ou legal para agir contra o co-contratante (concessionário).* Na mesma linha cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 746 a 748.

*que está obrigado e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato*<sup>412</sup>, não fazendo sentido que o contraente privado possa ser castigado pelo incumprimento de prestações que, pura e simplesmente, não consegue assegurar.

A par da impossibilidade total de cumprimento das prestações contratualmente assumidas pelas partes, com um efeito essencialmente liberatório e, no limite, extintivo do contrato, o caso de força maior também pode assumir a veste de uma impossibilidade parcial, seja ela temporária ou definitiva. E nesta hipótese, o caso de força maior poderá dar lugar a uma modificação objetiva do contrato<sup>413</sup>.

Nos termos do disposto no artigo 280.º, n.º 3, do CCP, *em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil*, não se descortinando em todo o CCP uma norma que verse diretamente sobre o caso de força maior e suas consequências.

Quando esteja em causa uma situação de impossibilidade total de cumprimento das prestações contratualmente assumidas pelas partes, decorre do exposto que ainda assim é possível enquadrar a figura em preceitos dispersos do CCP, para daí retirar as devidas consequências. Porém, já quando esteja em causa uma situação de impossibilidade parcial definitiva de cumprimento daquelas prestações, não se enxerga no CCP uma única norma... Na grande parte dos casos de impossibilidade parcial definitiva, a resolução do contrato será uma medida desproporcional, não querida pelas partes, além de que a própria letra do artigo 33.º, alínea a), do CCP, indicia uma impossibilidade definitiva total<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 499.

<sup>413</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 649. No mesmo sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 539, remetendo, no caso da impossibilidade parcial decorrente da força maior, para o artigo 793.º do CC.

<sup>414</sup> Nos termos do disposto neste artigo 330.º, alínea a), do CCP, *são causas de extinção do contrato (...) o cumprimento, a impossibilidade definitiva e todas as restantes causas de extinção das*

Neste quadro, será de aplicar o disposto no artigo 793.<sup>o</sup> do CC, por remissão do *supra* citado artigo 280.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, do CCP.

Nos termos do disposto no n.<sup>o</sup> 1 daquele artigo 793.<sup>o</sup> do CC, *se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada*. Dispondo, por seu turno, o n.<sup>o</sup> 2, que *o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio*.

Assim, perante um caso de força maior que se traduza numa impossibilidade parcial definitiva, o contrato de concessão de serviços públicos poderá ser objeto de uma redução ou resolução parcial, apenas no que se refere às prestações cujo cumprimento ficou impossibilitado em virtude dessa ocorrência, o que se traduz numa modificação objetiva do contrato.

A previsão de cláusulas com este conteúdo nos contratos de concessão de serviços públicos é, de resto, frequente na prática contratual. O que se compreende, considerando a ausência de um regime consolidado do caso de força maior no CCP, com uma descrição clara das suas consequências, consoante a impossibilidade, definitiva ou temporária, total ou parcial, em que esta se traduz<sup>415</sup>.

Neste quadro, é comum a inserção no clausulado dos contratos de concessão de serviços públicos de disposições quanto às consequências da ocorrência de um caso de força maior<sup>416</sup>. Especificamente para o caso da impossibilidade parcial, é frequente encontrar cláusulas que determinam a redução ou resolução do contrato de concessão de serviços públicos na parte que ficou irremediavelmente afetada pela ocorrência da força maior, mantendo-se o remanescente do contrato em vigor

---

*obrigações reconhecidas no direito civil*, sendo que no direito civil só a impossibilidade total definitiva extingue a obrigação (cfr. artigo 790.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do CC).

<sup>415</sup> Formulando crítica idêntica, cfr. PEDRO MELO, “Contratos de Concessão de Obras Públicas e Força Maior” ..., cit., pp. 37 e 38.

<sup>416</sup> Alguns contratos contêm, inclusivamente, uma enumeração não taxativa de eventos subsumíveis no caso de força maior, o que contribui para a segurança jurídica.

quanto a todas as demais obrigações cujo cumprimento não foi afetado pela força maior. Prática contratual que, de resto, não deixa de ser aconselhável, considerando a segurança jurídica que incute na relação contratual.

Ainda no quadro do caso de força maior como causa de modificação objetiva do contrato, chama-se à colação uma vertente da figura, que se pode designar como *caso de força maior deslizando para a imprevisão*<sup>417</sup>, em que a invocação do caso de força maior pode ser *atalhada com a atribuição de uma indemnização que restabeleça o equilíbrio contratual, sendo-lhe aplicado o mesmo regime da imprevisão, a fim de possibilitar a continuação da execução do contrato*<sup>418</sup>. Considerando o regime constante do artigo 282.º do CCP, que, no seu n.º 1, limita a reposição do equilíbrio financeiro do contrato aos casos especialmente previstos na lei ou, excecionalmente, no próprio contrato, parece, porém, que a ocorrência de um caso de força maior só poderá dar lugar ao pagamento de uma indemnização de reestabelece aquele equilíbrio nos casos em que tal esteja expressamente previsto no contrato<sup>419</sup>.

Feita uma apresentação do caso de força maior, conclui-se que não é possível subsumir a crise económica e financeira, por si só, nesta figura.

Retomando a noção de caso de força maior, está em causa a ocorrência de um evento imprevisível e estranho à vontade das partes, que impossibilita absolutamente o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas. Felizmente, não se vislumbra que a crise económica e financeira iniciada em 2008 possa configurar um caso de força maior, impossibilitando a execução das obrigações assumidas pelas partes num contrato de concessão de serviços públicos, ou em qualquer outro contrato. Alguns dos efeitos da crise têm tornado o cumprimento destas obrigações mais onerosa, mas não ao ponto de o impossibilitar.

---

<sup>417</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., pp. 540 e 541.

<sup>418</sup> *Idem*, cit., p. 541.

<sup>419</sup> Ponderando esta hipótese, cfr. PEDRO MELO, “Contratos de Concessão de Obras Públicas e Força Maior”..., cit., p. 38.

Sem prejuízo, é possível identificar como casos de força maior eventos que, não sendo uma consequência direta da crise, não deixam de estar relacionados com ela, sendo porventura mais frequentes num contexto de crise. É o caso, por exemplo, das greves e das manifestações que forcem a paralisação de serviços, tradicionalmente apontadas como casos de força maior.

Neste quadro, alguns contratos de concessão de serviços públicos, além de fazerem constar as greves e as manifestações do elenco dos casos de força maior suscetíveis de afetar as atividades compreendidas na concessão, contêm cláusulas com as medidas a adotar em face dessas ocorrências. Especificamente no caso das greves, alguns contratos de concessão de serviços públicos preveem que, em caso de greve, a concessionária fica obrigada a disponibilizar os serviços mínimos legalmente exigidos, sem prejuízo de ficar exonerada do pontual cumprimento das demais prestações contratuais relativas ao serviço afetado pela greve<sup>420</sup>.

---

<sup>420</sup> Cabe referir que a obrigação de prestação de serviços mínimos sempre decorria do regime do direito à greve constante da legislação laboral, aqui numa lógica de limitação legítima do direito fundamental dos trabalhadores à greve, considerando outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O artigo 537.º, n.º 1, do CT, dispõe, assim, que *em empresa ou estabelecimento que se destine à satisfação de necessidades impreteríveis, a associação sindical que declare a greve, ou a comissão de greve no caso referido no n.º 2 do artigo 531.º, e os trabalhadores aderentes devem assegurar, durante a mesma, a prestação dos serviços mínimos indispensáveis à satisfação daquelas necessidades*. Considerando-se como *empresa ou estabelecimento que se destina à satisfação de necessidades sociais impreteríveis*, nos termos do n.º 2 deste artigo, as empresas que se integrem, entre outros, nos setores: dos correios e telecomunicações; dos serviços médicos, hospitalares e medicamentosos; da salubridade pública, incluindo a realização de funerais; dos serviços de energia e minas, incluindo o abastecimento de combustíveis; do abastecimento de águas; dos bombeiros; dos serviços de atendimento ao público que assegurem a satisfação de necessidades essenciais cuja prestação incumba ao Estado; dos transportes, incluindo portos, aeroportos, estações de caminhos-de-ferro e de camionagem, relativos a passageiros, animais e géneros alimentares deterioráveis e a bens essenciais à economia nacional, abrangendo as respetivas cargas e descargas; e do transporte e segurança de valores monetários. Os serviços mínimos a assegurar nestes setores devem ser fixados nos termos do disposto no artigo 538.º do CT, no respeito dos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (cfr. artigo 538.º, n.º 5, do CT).

Na mesma linha, o preceito homólogo da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas) dispõe que *nos órgãos ou serviços que se destinem à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, a associação que declare a greve, ou a comissão de greve, e os trabalhadores aderentes devem assegurar, durante a greve, a prestação dos serviços mínimos indispensáveis à satisfação daquelas necessidades* (cfr. artigo 397.º, n.º 1), considerando-se como tal os órgãos e serviços que se integram, nomeadamente, nos setores: da segurança pública; dos correios e telecomunicações; dos serviços médicos, hospitalares e medicamentosos; da educação, no que concerne à realização de avaliações finais, de exames ou provas de caráter nacional que tenham de ser realizar na mesma data em todo o território nacional; da salubridade pública, incluindo a realização de funerais; dos serviços de energia e minas, incluindo o abastecimento de combustíveis; da distribuição e abastecimento de água; dos bombeiros; dos serviços de atendimento ao público que assegurem a satisfação de necessidades essenciais cuja prestação incumba ao Estado; dos transportes relativos a passageiros, animais e géneros alimentares deterioráveis e a bens essenciais



Concomitantemente, é frequente a previsão de cláusulas que determinam o ajustamento das obrigações da parte não afetada pelos eventos *supra* descritos (por norma, o concedente) à circunstância de a parte afetada (por norma, o concessionário) se encontrar exonerada do pontual cumprimento das suas obrigações, designadamente, no que respeita ao pagamento da contribuição que seja devida pelo concedente nos termos do artigo 407.º, n.º 2, *in fine*, do CCP. O que significa que, nestes casos contratualmente previstos, a ocorrência de um caso de força maior, como uma greve, poderá traduzir-se numa redução da retribuição do concessionário.

Sem prejuízo do que ficou dito, na ausência de um regime consolidado do caso de força maior no CCP, nos termos *supra* expostos, as consequências deste tipo de eventos no contrato de concessão de serviços públicos e as concretas medidas a adotar pela parte afetada dependerão, em grande parte, da concreta disciplina contida em cada contrato para a superveniência de um caso de força maior.

---

à economia nacional, abrangendo as respetivas cargas e descargas; e do transporte e segurança de valores monetários (cfr. artigo 397.º, n.º 2).

Considerando o elenco dos setores que visam satisfazer *necessidades impreteríveis*, constante, quer do CT, quer da LGTFP, conclui-se que, na maior parte dos casos, os serviços públicos objeto de contratos de concessão estarão abrangidos pela obrigação de prestação de serviços mínimos. De facto, além dos setores expressamente elencados, a noção de *serviços de atendimento ao público que assegurem a satisfação de necessidades essenciais cuja prestação incumba ao Estado* constante da alínea g) do n.º 2 do artigo 537.º do CT e da alínea i) do n.º 2 do artigo 397.º da LGTFP é suficientemente ampla para enquadrar a grande maioria dos serviços que constituem objeto de contratos de concessão de serviços públicos.

## Capítulo VI – A Crise Como Causa de Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público

### 1. A Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público

Além das causas de modificação objetiva *supra* enunciadas, o contrato de concessão de serviços públicos pode ainda ser modificado por razões de interesse público, no exercício de um *centenário* poder de modificação unilateral ao dispor do contraente público.

Sem prejuízo de o contrato administrativo poder ser, também, modificado por acordo entre as partes<sup>421</sup> ou por decisão judicial ou arbitral<sup>422</sup>, o poder do contraente público de modificação unilateral do contrato, através de um ato administrativo, é paradigmático, estando intimamente ligado ao *despontar do “contrato” como modo de atuação da Administração*<sup>423</sup>.

Como se adiantou *supra*, o poder de conformação da relação contratual, o *ius variandi*, surgiu em finais do século XIX e início do século XX, como reconhecimento jurisprudencial de uma prerrogativa exorbitante da Administração Pública de alterar as prestações devidas pelo contraente privado, de forma a adaptá-las à melhor prossecução do interesse público visado pelo contrato<sup>424</sup>.

Parafraseando TIAGO DUARTE, *no dia 11 de março de 1910, o Conseil d’Etat francês escrevia uma página de História, ao julgar o recurso relativo à Compagnie Générale*

---

<sup>421</sup> Cfr. artigo 311.º, n.º 1, alínea a), do CCP.

<sup>422</sup> Cfr. artigo 311.º, n.º 1, alínea b), do CCP. Sobre a possibilidade de modificação do contrato por razões de interesse público por via de decisão judicial ou arbitral, CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 530, clarifica que esta *poderá resultar (entre outras): da impossibilidade de alcançar a modificação por via negocial; [ou] do desfecho de um processo de impugnação de um ato administrativo que determine a modificação unilateral por razões de interesse público (desfavorável ao co-contratante)...*

<sup>423</sup> CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos...*, cit., p. 47.

<sup>424</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo...*, cit., pp. 130 a 132.

*Française des Tramways de Marselha*<sup>425</sup>, em que, depois de reconhecer o direito da Administração de modificar unilateralmente o contrato, com base em razões de interesse público, e independentemente da ausência de previsão contratual nesse sentido, o *Conseil d'Etat* reconheceu, ainda, e em consequência, que a *Compagnie Générale des Tramways* poderia, “se considerar que tem fundamento para tal, apresentar um pedido de indemnização, como reparação dos danos que lhe sejam causados por intermédio da modificação das regras de exploração do serviço em causa”<sup>426</sup>. Isto na sequência de um outro aresto, de 10 de janeiro de 1902, proferido no recurso relativo à *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lés-Rouen*, em que o *Conseil d'Etat* já havia reconhecido à Administração um poder de, unilateralmente, alterar o modo de execução do contrato por razões de interesse público, impondo ao contraente privado um dever de adaptação (*in casu* da forma de prestação do serviço de iluminação pública na referida localidade, de gás para eletricidade)<sup>427</sup>.

Foi, assim, a necessidade de adequar os contratos de concessão celebrados pela Administração às novas técnicas então descobertas ou às novas necessidades públicas que, nesta época, motivou o *Conseil d'Etat* a admitir que a Administração Pública poderia impor aos seus co-contratantes adaptações exigidas pelas mutações do interesse público subjacente ao contrato celebrado<sup>428</sup>, em moldes que se entendia não serem admissíveis no quadro dos contratos de Direito Privado.

Como referem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, a propósito da autonomização do contrato administrativo, *tal como o ato administrativo, o contrato administrativo é uma figura de origem jurisprudencial e consistiu, inicialmente, num mecanismo de subtração da administração pública à aplicação dos regimes jurídicos tendencialmente igualitários do direito privado*<sup>429</sup>,

---

<sup>425</sup> TIAGO DUARTE, “*Os Eléctricos de Marselha Não Chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os Limites à Modificação dos Contratos*”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 3, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2011, cit., p. 28.

<sup>426</sup> *Ibidem*.

<sup>427</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 531.

<sup>428</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo...*, cit., p. 131.

<sup>429</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III...*, cit., p. 277, sintetizando: *O movimento de autonomização substantiva do contrato*

desde logo, da regra da estabilidade dos pactos do Direito Civil. Aliás, nunca mais o poder de modificação unilateral reconhecido à Administração Pública contratante, *este “ius variandi”, se libertou das conotações de situação excecional, exorbitante, incompatível com o Direito Privado*<sup>430</sup>.

Neste quadro, o poder de modificação unilateral, ditado pelo *princípio da adaptação ou atualização do serviço público, traduz-se no poder de a Administração introduzir, na vigência do contrato, alterações ao que nele ficou estipulado*<sup>431</sup>, implicando *simultaneamente uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade*<sup>432</sup>. Questões que se colocam com particular acuidade nos contratos de longa duração como são, por norma, os contratos de concessão de serviços públicos.

De facto, a realidade não é estática e, durante um prazo de vigência de décadas, como costuma ser o do contrato de concessão de serviços públicos<sup>433</sup>, *aquilo que num momento se apresenta ao contraente público como a melhor forma de prosseguir os interesses que lhe estão cometidos poderá deixar de o ser durante a execução do contrato, seja porque surgem novas e melhores formas de levar a cabo as mesmas tarefas, seja porque sobrevêm novas necessidades de interesse público*<sup>434</sup>. Como refere, aliás, PEDRO GONÇALVES, *é justamente neste tipo contratual que um tal poder se compreende melhor*<sup>435</sup>.

---

*administrativo, baseado numa prévia autonomização para efeitos processuais, foi favorecido pelas evoluções tecnológicas, nomeadamente aquelas que tornaram obsoletos os contratos de concessão de exploração dos sistemas de iluminação pública a gás: perante esta situação, entendeu-se que a administração poderia proceder à modificação unilateral e autoritária dos contratos de concessão em causa – o que nunca seria admissível caso se tratasse de contratos de direito privado –, de modo a adequá-los à alteração superveniente do interesse público, designadamente passando a impor ao concessionário que assegurasse a iluminação elétrica...*

<sup>430</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo...*, cit., pp. 130 a 132.

<sup>431</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 256.

<sup>432</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 492.

<sup>433</sup> Recorde-se que, nos termos do disposto no artigo 410.º, n.º 1, do CCP, o prazo de vigência dos contratos de concessão é fixado *em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais de condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*, sendo o prazo supletivo de 30 anos, de acordo com o n.º 2 deste artigo.

<sup>434</sup> JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2011, cit., p. 953.

<sup>435</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 255.

Neste quadro, o CCP faz constar o poder de modificação unilateral do elenco dos poderes de conformação da relação contratual ao dispor do contraente público, constante do artigo 302.º do CCP. Nos termos do disposto na alínea c) deste artigo, *salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código (...) modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público.*

Preceito que deve ser articulado com o disposto no artigo 311.º, n.º 2, do CCP, que, a propósito das causas de modificação objetiva do contrato administrativo, dispõe que *o contrato pode ainda ser modificado por ato administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público.*

Com os fundamentos e com os limites constantes dos artigos 312.º a 315.º do CCP, o concedente pode, assim, sem necessidade de acordo do concessionário ou de intervenção judicial, modificar as cláusulas relativas ao conteúdo e ao modo de execução das prestações acordadas, por razões de interesse público. Como refere PEDRO GONÇALVES, a título de exemplo, o exercício do poder de modificação unilateral pode respeitar *à modificação dos preços a praticar junto dos utentes pelo concessionário, à extensão geográfica de uma concessão, à alteração das técnicas usadas na gestão de um dado serviço*<sup>436</sup>, entre outras. Tudo dependerá das concretas exigências de interesse público que, no caso, se coloquem – das *necessidades novas* ou da *nova ponderação das circunstâncias existentes* que, no momento, exijam uma modificação objetiva do contrato, nos termos do disposto no artigo 312.º, alínea b), do CCP.

Antes de proceder a uma análise dos pressupostos e limites da modificação do contrato por razões de interesse público, cabe uma breve nota sobre o que distingue esta figura das demais causas de modificação do contrato de concessão de serviços públicos.

---

<sup>436</sup> *Idem*, cit., p. 258.

Como ficou dito, a modificação por razões de interesse público, mesmo quando operada por acordo entre as partes, nos termos do artigo 310.º, do CCP, decorre do exercício de um poder de conformação da relação contratual por parte do contraente público que, dentro da sua margem de livre decisão e no respeito pelos princípios que enformam a atividade administrativa, decide modificar o clausulado do contrato por razões de interesse público.

Como facilmente se compreende, não está aqui em causa uma circunstância imprevisível. Como refere CARLA AMADO GOMES, de forma elucidativa, neste caso, *as modificações radicam em causas subjetivas, emergentes da perceção que o adjudicante tem relativamente à melhor forma de prosseguir as necessidades públicas que determinaram a celebração do contrato*<sup>437</sup>.

Pelo contrário, quando esteja em causa uma circunstância imprevisível, a modificação do contrato será, não uma causa em si mesma, mas uma consequência. Perante a ocorrência de uma circunstância imprevisível que perturbe a execução do contrato, as partes poderão, caso tal se mostre *in casu* adequado, modificá-lo<sup>438</sup> por acordo ou por decisão judicial ou arbitral, nos termos do artigo 311.º, n.º 1, do CCP.

Certo é que, por força do disposto no artigo 314.º, n.º 1, alínea b), do CCP, o exercício do poder de modificação unilateral por razões de interesse público confere ao contraente privado o direito à reposição do equilíbrio, o que, grande parte das vezes, traduzir-se-á numa modificação do contrato.

---

<sup>437</sup> CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 535.

<sup>438</sup> Recorde-se o disposto no artigo 314.º, n.º 2, do CCP, sobre as consequências da alteração das circunstâncias, igualmente aplicável, como se viu, à alteração do quadro normativo decorrente de *fait du prince* emanado de entidade pública alheia à relação contratual. Nos termos do disposto neste artigo, *os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade*.

Também no que respeita às consequências do caso de força maior se perspetiva que este possa dar lugar à modificação do contrato, designadamente, quando se traduza numa impossibilidade definitiva parcial das prestações contratualmente assumidas por alguma das partes, nos termos *supra* expostos.

Como se pode ler no n.º 3 do artigo 282.º do CCP, em matéria de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, na falta de estipulação contratual, esta é efetuada, *designadamente através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.*

Na sua base não deixa, porém, de estar uma causa subjetiva, um impulso do contraente público de, tendo em conta razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes, determinar a alteração do conteúdo do contrato.

Como refere, assim, VIEIRA DE ANDRADE, há, neste caso, uma *dupla modificação: uma modificação unilateral, pelo contraente público, das cláusulas contratuais respeitantes ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações, que gera na esfera jurídica do co-contratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro perturbado, isto é, uma outra modificação contratual, em benefício do particular, normalmente relativa às cláusulas financeiras*<sup>439</sup>. Aqui contrariamente ao que sucede perante um caso de imprevisão, em que, como ficou exposto, a única modificação contratual é a que decorre da necessidade de conformação do conteúdo do contrato com as novas circunstâncias.

## **2. Pressupostos da Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público**

---

<sup>439</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública II*, Número Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, cit., p. 31. Nesta linha, cfr. TIAGO DUARTE, “Os Eléctricos de Marselha Não Chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os Limites à Modificação dos Contratos”..., cit., p. 39, que, a propósito da modificação de um contrato administrativo com vista à alteração do respetivo prazo de vigência, distingue, de forma bem clara, (...) *os casos em que a modificação do prazo de vigência do contrato é o objeto principal da modificação contratual e as situações (como era o caso dos autos) em que a prorrogação do prazo do contrato não é o objeto principal da modificação efetuada, mas a consequência devida de uma outra modificação efetuada, destinando-se precisamente a reequilibrar economicamente o contrato e não a premiar o co-contratante.*

Sobre os pressupostos da modificação do contrato administrativo, chama-se à colação o artigo 312.º do CCP, que dispõe que *o contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos: a) quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberto riscos próprios do contrato; [ou] b) por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.*

Assim, fora dos casos que cabem na esfera da imprevisão, a modificação do contrato só poderá ser determinada quando o interesse público subjacente ao contrato o imponha. Pressuposto que se aplica, quer esteja em causa a prática de um ato administrativo pelo contraente público, ao abrigo do poder de modificação unilateral, quer esteja em causa a celebração de um acordo entre as partes. Com efeito, o artigo 310.º, n.º 2, do CCP é bem claro, ao dispor que *os acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites estatuídos no capítulo seguinte*, onde se incluem os artigos 311.º a 315.º sob análise.

A questão que se coloca é, pois, o que se entente por *razões de interesse público* para efeitos de modificação do contrato administrativo.

Neste ponto, o artigo 312.º, alínea b), do CCP, fornece uma ajuda, ao referir a verificação de *necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*, o que não deixa, porém, de sustentar interpretações distintas.

Preconizando uma interpretação mais restritiva, JORGE ANDRADE DA SILVA sustenta que, na medida em que o exercício do poder de modificação unilateral assume um carácter excecional no quadro das posições jurídicas, ativas e passivas, compreendidas na relação contratual, *não pode haver lugar a essa alteração por causas imprevistas, mas que eram previsíveis e, por isso mesmo, deveriam ter sido*



*previstas, e só não o foram por negligência ou dolo*<sup>440</sup>. Assim, conclui, mesmo a ponderação das circunstâncias existentes para efeitos de modificação do contrato deverá ter lugar sempre e apenas quando essas circunstâncias não existam nem eram previsíveis na altura da preparação do contrato, sob pena de este poder excecional ficar ao serviço da falta de diligência do contraente público na preparação do contrato<sup>441</sup>.

Com o devido respeito, parece, porém, que esta interpretação, além de limitar as possibilidades de modificação do contrato por razões de interesse público, não é inteiramente compatível com a letra da alínea b) do artigo 312.º do CCP, que expressamente distingue as *necessidades novas* de interesse público de uma *nova ponderação das circunstâncias existentes*.

Como referem, neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, o desiderato do poder de modificação unilateral é o de adequar o contrato às mutações do interesse público verificadas em momento posterior à sua celebração, o que pode ocorrer *quer em virtude de uma alteração da realidade, quer em virtude de uma reformulação do interesse público*<sup>442</sup>. Como afirma, também, CARLA AMADO GOMES, neste caso, *o adjudicante, por força de uma redefinição estratégica do modus operandi, tendo em conta novas circunstâncias de interesse público ou reponderação das existentes, determina a alteração da forma de execução do contrato*<sup>443</sup>.

Ponto é que, *in casu*, a modificação do contrato seja exigida pela prossecução do interesse público subjacente ao contrato em causa, geralmente materializado num

---

<sup>440</sup> JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 718 e 719.

<sup>441</sup> *Ibidem*.

<sup>442</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III...*, cit., p. 409.

<sup>443</sup> CARLA AMADO GOMES, "A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos"..., cit., pp. 534 e 535. Na mesma linha, cfr., ainda, PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 97 e 98; JOANA DE SOUSA LOUREIRO, "A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE"..., cit., pp. 959 e 960. Como refere esta última, (...) *o que antecede o exercício do poder de modificação do contrato pode não ser uma alteração efetiva / objetiva das circunstâncias, mas antes, uma alteração do «modo de perspetivar aquelas circunstâncias»*.

interesse de atualização do contrato ou num interesse de garantia do cumprimento do contrato<sup>444</sup>.

Considerando o exposto, o interesse público, mais de que um pressuposto, acaba por ser, também, um limite à modificação do contrato, cujo conteúdo só pode ser alterado na estrita medida em que o interesse público o exija<sup>445</sup>.

Não é, assim, admissível a modificação do contrato por *outras razões*, de mera conveniência ou oportunidade, por mais que o contraente público e o contraente privado estejam de acordo quanto à mesma – o acordo das partes não é, recorde-se, fundamento autónomo de modificação do contrato<sup>446</sup>. Nas palavras de PEDRO NUNES RODRIGUES, *no plano dos pressupostos, a vontade do co-contratante é irrelevante: a modificação é válida (apenas) se tiver suficiente acolhimento normativo*<sup>447</sup>, designadamente, nos artigos 311.º a 315.º do CCP.

---

<sup>444</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 23, assinalando: *Em geral, a atribuição desses poderes [de conformação da relação contratual] ao contraente público, constituindo uma marca distintiva do regime substantivo dos contratos administrativos, representa a resposta da lei a uma exigência de tutela de dois recortes ou dimensões do interesse público: por um lado, o interesse na atualização do contrato, que se consubstancia num regime que assegure a permanente adequação do contrato que vincula um Poder Público às exigências de cada momento; por outro lado, o interesse em assegurar o cumprimento do contrato, o qual reclama uma disciplina que garanta a possibilidade de uma reação oportuna e eficaz do contraente público em face do eventual incumprimento, ou ameaça de incumprimento, do contraente privado.*

<sup>445</sup> JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE”..., cit., p. 963; PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas*..., cit., p. 99.

<sup>446</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas*..., cit., p. 97. Neste sentido, veja-se LINO TORGAL, “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos”..., cit., p. 237, que, ponderando a admissibilidade de uma modificação que se traduz numa prorrogação do prazo de vigência do contrato, assinala: *Torna-se ademais necessário (...) que essa solução seja justificada à luz do interesse público. (...) Assim, a decisão de prorrogação do prazo não poderá ser apenas justificável por isso interessar (até legitimamente) ao concessionário mas, conforme referido, por tal decisão, em termos de prognóstico, satisfazer melhor o interesse público.* Ainda nesta linha, cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, cit., pp. 50 e 51.

<sup>447</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas*..., cit., p. 97.

### 3. Limites da Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público

#### 3.1. Os Limites Impostos pelo Artigo 313.º do CCP

Sobre os limites da modificação do contrato por razões de interesse público, dispõe o artigo 313.º, n.º 1, do CCP que *a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*. Dispondo, por sua vez, o n.º 2, que *para efeitos do disposto no número anterior, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*.

Por força do disposto neste artigo, a modificação do contrato por razões de interesse público encontra, desde logo, dois limites – o do respeito pelo núcleo essencial do contrato (chamado *scope of contract*) e o do respeito pela concorrência (chamado *scope of competition*). Ao que MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS juntam um terceiro limite, este apenas *relativo* – o respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato<sup>448</sup>.

Seguindo a herança do artigo 180.º do CPA, na sua redação inicial dada pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro<sup>449</sup>, o primeiro limite apontado é, assim, o do respeito pelo núcleo essencial do contrato, originariamente concebido numa lógica de proteção do contraente privado, face ao exercício possivelmente abusivo dos poderes de conformação contratual por parte do contraente público.

---

<sup>448</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III...*, cit., p. 410, referindo que, por força deste limite (e daí ser relativo), o contraente público não fica impedido de modificar o contrato – *a administração pode alterar o equilíbrio financeiro originário do contrato desde que reponha o equilíbrio financeiro do contrato [art. 314.º, 1, b) CCP]*.

<sup>449</sup> Que, na sua alínea a), dispunha que *salvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato, a Administração Pública pode (...) modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro*.

Como refere MARCELLO CAETANO, no contexto do contrato de concessão de serviços públicos, *o limite natural do dever de atualização do serviço (independentemente de outros que a lei ou o ato constitutivo da concessão fixem) está no objeto da concessão*<sup>450</sup>. Pelo que, *se foi concedido o serviço de transportes coletivos por meio de viação elétrica sobre carris não pode impor-se a sua exploração por meio de automóveis*<sup>451</sup>.

Apurar o que se entende por núcleo essencial do contrato – ou por *prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato*, usando a terminologia legal – não é, todavia, fácil. Se, por um lado, importa preservar o objeto do contrato, por outro lado, o contrato deve poder ser modificado, sendo essa uma garantia da sua boa execução<sup>452</sup>. Ponto é que o seu núcleo essencial se mantenha intocado.

Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS avançam uma definição de núcleo essencial do contrato que envolve as *prestações que o individualizam do ponto de vista material*<sup>453</sup>, referindo, na linha do exemplo dado *supra*, que *através do poder de modificação unilateral, a administração pode, por exemplo, num contrato de concessão de autoestrada, impor supervenientemente ao concessionário a construção de quatro faixas de rodagem em cada sentido em vez das duas que estavam previstas no contrato. Mas em caso algum pode validamente, no mesmo contrato, alterar radicalmente a identidade da obra (da construção de uma autoestrada para a construção de um prédio), o seu lugar de execução (do Algarve para Trás-os-Montes) ou o tipo contratual (de concessão de obras públicas para empreitada de obras públicas), pois tais modificações violariam o núcleo essencial do contrato*<sup>454</sup>.

De igual modo, JOANA DE SOUSA LOUREIRO reconduz o núcleo irredutível ou essencial do contrato às *prestações consideradas principais ou fundamentais, que*

---

<sup>450</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., p. 1111.

<sup>451</sup> *Ibidem*.

<sup>452</sup> JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE”..., cit., p. 964.

<sup>453</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III...*, cit., p. 409.

<sup>454</sup> *Ibidem*.

*lhe conferem a sua fisionomia própria*<sup>455</sup>, concluindo, assim, que *não é suficiente dizer-se que o objeto do contrato é, por exemplo, a concessão de uma obra pública, é necessário definir-se qual a concreta obra*<sup>456</sup>.

Na mesma linha, PEDRO NUNO RODRIGUES distingue a matriz do contrato, correspondente às prestações intrínseca e funcionalmente ligadas ao seu conteúdo, ao ponto de, sem ele, ser razoável aceitar que as partes não teriam celebrado o contrato (ou, pelo menos, nos termos em que o foi), das demais posições jurídicas ativas e passivas contidas na relação contratual<sup>457</sup>.

Considerando os vários contributos sobre este tema, é assim indubitável que não é possível, por via de uma modificação por razões de interesse público, impor uma alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato – do seu núcleo essencial – em moldes que desvirtuem o concreto contrato celebrado. Naturalmente, caso a caso, o senso comum ajudará a apurar se a modificação proposta ultrapassa este limite<sup>458</sup>.

Parafraseando FREITAS DO AMARAL, importa, pois, reter que *a Administração pode mudar o contrato mas não pode mudar de contrato*<sup>459</sup>.

A par do núcleo essencial do contrato, o segundo limite que se coloca à modificação do contrato por razões de interesse público é, nos termos do *supra* citado artigo 313.º do CCP, o do respeito pela concorrência, herdado do Direito Europeu dos Contratos Públicos.

---

<sup>455</sup> JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE”..., cit., p. 964.

<sup>456</sup> *Ibidem*.

<sup>457</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., p. 105. Ainda no mesmo quadrante, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 495 e 496; CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”..., cit., p. 541; PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, cit., p. 63.

<sup>458</sup> Neste sentido, cfr. PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., p. 104.

<sup>459</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II...*, cit., p. 620.

Contrariamente ao primeiro limite, concebido numa lógica de proteção do contraente privado perante o exercício dos poderes de conformação da relação contratual por parte do contraente público, este segundo limite surge essencialmente numa lógica de proteção de terceiros. Está em causa a proteção, não só dos interesses dos concorrentes que participaram no procedimento pré-contratual tendente à celebração do contrato que se pretende modificar, mas, também, dos interesses dos potenciais interessados em participar num procedimento pré-contratual tendente à celebração de um novo contrato (que podem, naturalmente, não ter participado no primeiro)<sup>460</sup>.

Trata-se aqui, em suma, de assegurar o saudável funcionamento do mercado interno, que os princípios do Direito Europeu dos Contratos Públicos – incluindo o princípio da concorrência – procuram assegurar<sup>461</sup>.

Materializando este princípio, o artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP, limita as modificações do contrato por razões de interesse público às que, na terminologia utilizada pela jurisprudência do TJUE, sejam *não substanciais* – de acordo com o disposto no n.º 2 deste artigo, *supra* citado, o contrato só poderá ser modificado se, considerando, naturalmente, a duração do contrato e o tempo decorrido deste a data da sua celebração<sup>462</sup>, for objetivamente demonstrável que a ordenação das

---

<sup>460</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos Administrativos e Regime da Sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, cit., pp. 818 e 819.

<sup>461</sup> Como bem aponta MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, 2011, <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>, 2016, cit., pp. 16 e 17, *o princípio da concorrência não se manifesta apenas nas regras do procedimento concursal, mas é também tutelado no decurso da execução do contrato, como decorre do disposto no artigo 313.º, n.º 2, do CCP, atrás transcrito. Com efeito, a concorrência só é respeitada quando a proposta que mostrou ser a melhor no confronto com as restantes e está na base do contrato a celebrar não pode depois ser subvertida por via da modificação deste último. Daí falar-se de um congelamento ou manutenção da equação adjudicatória durante a execução do contrato.*

<sup>462</sup> Nos termos do disposto neste artigo 313.º, n.º 2, do CCP, este limite à modificação por razões de interesse público é atenuado pelo tempo. *Quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem*, a exigência da preservação da ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato objeto de modificação pode não fazer sentido. Pense-se nas evoluções tecnológicas que podem ter lugar durante uma ou duas décadas, que eram impensáveis aquando da apresentação das propostas pelos vários concorrentes no procedimento pré-contratual, e que podem agora demandar uma modificação do contrato de concessão por razões de interesse público... Como refere, a este propósito, ALEXANDRA LEITÃO, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais...*, cit., p. 11, *o regime atenuado para os contratos de longa duração – que traduz outro importante reflexo da relevância do tempo nas relações contratuais – justifica-se, quer porque um contrato duradouro está mais sujeito a alterações supervenientes das circunstâncias, quer*

propostas não teria sido outra caso o caderno de encargos tivesse contemplado a modificação proposta.

Esta exigência de preservação da concorrência garantida pelo procedimento de formação do contato objeto de modificação é reforçada pelo disposto no artigo 315.º do CCP, que consagra, nesta sede, uma obrigação de transparência.

Nos termos do disposto no n.º 1 deste artigo, *os atos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objetivas do contrato e representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual devem ser imediatamente publicitados, pelo contraente público, no portal da internet dedicado aos contratos públicos, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato.* Obrigação que, por força do disposto no n.º 2, é condição de eficácia do ato administrativo ou acordo modificativo.

Está em causa, pois, uma preocupação de permitir o controlo da conformidade das modificações introduzidas com os limites que lhe são impostos pelo artigo 313.º do CCP, desde logo, o da concorrência<sup>463</sup>.

Sem prejuízo de todo o exposto, os limites à modificação do contrato por razões de interesse público constantes do artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP não podem deixar de articular-se com o disposto no Direito Europeu dos Contratos Públicos sobre esta matéria, em especial, com a regulação contida na Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>464</sup>. Como adianta PEDRO GONÇALVES, *porque essa regulamentação vai condicionar a transposição, mas também porque se trata de um regime diretamente aplicável, independentemente de lei nacional de transposição*<sup>465</sup>.

---

*porque não faz sentido exigir que o contrato fique eternamente “preso” aos termos do procedimento pré-contratual. O próprio decurso do tempo torna essa exigência desajustada.*

<sup>463</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos Administrativos e Regime da Sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos”..., cit. p. 839.

<sup>464</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

<sup>465</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, cit., p. 569.

### 3.2 Os Limites Impostos pelo Direito Europeu dos Contratos Públicos

Como acima ficou dito<sup>466</sup>, até muito recentemente, o regime da modificação dos contratos públicos, incluindo os respetivos limites, não foi objeto de regulação expressa pelo Direito Europeu dos Contratos Públicos.

Até ao surgimento da última geração de diretivas, de 26 de fevereiro de 2014, que finalmente introduziram no Direito derivado um conjunto de disposições em matéria de modificação dos contratos públicos, os limites à modificação destes contratos foram sendo objeto de desenvolvimento doutrinal<sup>467</sup> e jurisprudencial, tendo o TJUE assumido um papel determinante nesta matéria<sup>468</sup>. Trata-se aqui, essencialmente, de evitar um defraudamento do complexo axiológico e normativo que está na base da formação do contrato objeto de modificação<sup>469</sup>.

Neste quadro, merece destaque o Acórdão *Presstext*, de 19 de junho de 2008<sup>470</sup>, pelo qual o TJUE definiu, pela primeira vez com recurso a critérios objetivos, os limites à modificação dos contratos públicos e os termos em que essa modificação se considera a adjudicação de um novo contrato, para efeitos de sujeição a um novo procedimento pré-contratual<sup>471</sup>. Nas palavras de PEDRO NUNO RODRIGUES,

---

<sup>466</sup> Cfr. *supra*, Capítulo II, ponto 1.

<sup>467</sup> Aqui com destaque para o *Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, de 30 de abril de 2004, in *COM (2004) 327 final*. Sobre o contributo dado por este instrumento de *soft law* para a temática da modificação dos contratos públicos, cfr. *supra*, Capítulo II, ponto 1.

<sup>468</sup> PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos...*, cit., p. 64.

<sup>469</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., p. 18, referindo: *A possibilidade de o contrato ser alterado não é dissociável do ambiente concorrencial em que a sua formação se inseriu – e, consequentemente, a alteração deve também inserir-se. Formado num procedimento competitivo, a depreciação do conteúdo substancial do contrato e do respetivo convite para contratar, decorrido que estivesse o ambiente pré-contratual, resultaria, na parte subtraída à concorrência, num defraudamento do direito regulador da sua formação.*

<sup>470</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, *Presstext*, Processo C-454/06.

<sup>471</sup> Cabe aqui referir que o Acórdão *Presstext* não foi o primeiro em que o TJUE se debruçou sobre a questão dos limites da modificação dos contratos públicos. Com efeito, já no Acórdão de 5 de outubro de 2000, *Comissão / França*, Processo C-337/98, e no Acórdão de 29 de abril de 2004, *Comissão / CAS Succhi di Frutta SpA*, Processo C-496/99, o TJUE se tinha pronunciado sobre a existência de limites à modificação dos contratos públicos, ainda que sem adiantar quaisquer critérios objetivos. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão *Comissão / CAS Succhi di Frutta SpA*, onde se pode ler: *Com efeito, no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas*



trata-se, aqui, do *primeiro guia do TJCE numa matéria tão relevante como a da concretização dos limites da modificação de um contrato público*<sup>472</sup>.

Com o desiderato de recortar o perímetro da modificação do contrato face a uma nova adjudicação, segundo um princípio de proteção da concorrência e da igualdade de tratamento entre os operadores económicos<sup>473</sup>, o TJUE veio, assim, enunciar o critério decisivo para se apurar os casos em que se está já fora daquele perímetro – o da *substancialidade da alteração*.

Como se pode ler no referido Acórdão, *com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato (...) quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, consequentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato*<sup>474</sup>.

Identificada a substancialidade da alteração como critério decisivo nesta sede, o TJUE identificou três exemplos de alterações essenciais, podendo ler-se, mais adiante, no Acórdão *Pressetext*: *A alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite. Da mesma forma, uma alteração do contrato inicial*

---

*condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, no anúncio de concurso que ela própria elaborou e que traça o quadro do desenrolar do processo, de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem assim em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta. Além disso, se tal possibilidade não estiver expressamente prevista, mas a entidade adjudicante quiser, durante a fase posterior à adjudicação do contrato, afastar-se de uma das modalidades essenciais estipuladas, aquela não pode validamente continuar o processo aplicando condições diferentes das inicialmente estipuladas.* Sobre a jurisprudência do TJUE em matéria de limites à modificação de contratos, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Acórdão Pressetext: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 73, Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2009, cit., p. 15.

<sup>472</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., p. 22.

<sup>473</sup> PEDRO GONÇALVES, “Acórdão Pressetext: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato”..., cit., p. 19.

<sup>474</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, *Pressetext*, Processo C-454/06.

*pode ser considerada substancial quando alarga o contrato, numa medida importante*<sup>475</sup>, *a serviços inicialmente não previstos (...). Uma alteração pode igualmente ser considerada substancial quando modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial*<sup>476</sup>.

Assim, à luz do Acórdão *Pressetext*, uma alteração de um contrato público reputa-se como substancial se, não estando contratualmente prevista<sup>477</sup>, se subsumir num dos exemplos *supra* referidos ou, de um modo geral, introduzir um conteúdo com características substancialmente diferentes das do contrato inicial, em moldes que evidenciam a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato.

Como acima se adiantou<sup>478</sup>, a jurisprudência do TJUE viria a ser acolhida no Direito derivado pela última geração de diretivas, de 26 de fevereiro de 2014.

Neste quadro, merece destaque a Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação dos contratos de concessão*<sup>479</sup>, aplicável à adjudicação de concessões de obras e de

---

<sup>475</sup> O conceito de *medida importante* para este efeito surge concretizada, mais adiante, no Acórdão *Pressetext*. Como se pode ler neste aresto, *esta última interpretação* [de que uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos] *é confirmada no artigo 11.º, n.º 3, alíneas e) e f), da Diretiva 92/50, que impõe, para os contratos públicos de serviços que têm por objeto, exclusiva ou maioritariamente, serviços que figuram no anexo I A desta diretiva, restrições quanto à medida em que as entidades adjudicantes podem recorrer ao procedimento por negociação para adjudicar serviços complementares dos que constituem objeto de um contrato inicial*. Considerando o disposto nos preceitos aqui citados, conclui-se, assim, que foi intenção do TJUE apontar para um limite de 50% do valor do contrato inicial. Como refere, a este propósito, PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 23 e 24, *o TJCE não veta, assim, qualquer alargamento do objeto do contrato a prestações não previstas, mas proíbe o alargamento numa “medida importante”, superior a 50% do preço inicial. Sem prejuízo, afigura-se precipitada a conclusão de que uma modificação que cumpra este limite seja, só por si, válida: a natureza substancial da alteração do contrato não resulta apenas da variação do seu valor em medida importante, pode ainda depreender-se de outros fatores relevantes em cada caso*.

<sup>476</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, *Pressetext*, Processo C-454/06.

<sup>477</sup> Este pressuposto resulta claro de vários trechos do referido Acórdão, designadamente, das várias referências feitas à falta de habilitação expressa e à não previsão no contrato inicial. Como refere, sobre este ponto, PEDRO GONÇALVES, “Acórdão *Pressetext*: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato”..., cit., pp. 19 e 20, *o Acórdão Pressetext segue, neste ponto, a doutrina antes formulada no acima citado Acórdão Comissão / CAS Succhi di Frutta SpA, segundo o qual a entidade adjudicante goza da capacidade de adaptar o contrato, desde que a possibilidade de adaptação haja sido expressamente prevista no contrato inicial. Quando não prevista em “termos precisos”, a modificação só se apresentará viável se não constituir uma “alteração essencial”*.

<sup>478</sup> Cfr. *supra*, Capítulo II, ponto 1.

serviços cujo valor estimado não seja inferior ao limiar definido no seu artigo 8.<sup>o</sup><sup>480-481</sup>, considerando-se como concessões de obras e serviços, para efeitos da Diretiva, os contratos definidos como tal no seu artigo 5.<sup>o</sup>, 1), a) e b)<sup>482</sup>.

Incidindo essencialmente sobre o procedimento de formação dos contratos de concessão de obras e serviços, a Diretiva 2014/23/UE introduz igualmente algumas disposições em matéria de execução destes contratos. Como é referido no ponto (75) do preâmbulo, *é necessário clarificar as condições em que as modificações de uma concessão durante a sua execução exigem um novo procedimento de adjudicação da concessão, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia*. Assim, continua, *é obrigatório um novo procedimento de concessão em caso de alterações materiais à concessão inicial*, considerando-se como tais, na linha da jurisprudência do TJUE *supra* enunciada, aquelas que demonstram uma intenção das partes de renegociar os termos ou condições essenciais da concessão. Trata-se aqui, uma vez mais, de *não deixar entrar pela janela o que não entrou pela porta*, impedindo que, por via da modificação do contrato por razões de interesse público, sejam defraudados os princípios que o procedimento pré-contratual procura salvaguardar.

Com este desiderato, a Diretiva 2014/23/UE dedica o seu artigo 43.<sup>o</sup> à *modificação de contratos durante o seu período de vigência*, prevendo um conjunto de situações

---

<sup>479</sup> Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

<sup>480</sup> Cfr. artigo 1.<sup>o</sup>, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*. De acordo com o disposto no n.º 1 deste artigo, *a presente diretiva estabelece regras aplicáveis aos procedimentos de contratação levados a cabo por autoridades e entidades adjudicantes por meio de uma concessão, cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 8.<sup>o</sup>*. Referindo-se no n.º 2 que *a presente diretiva aplica-se à adjudicação de concessões de obras ou de serviços a operadores económicos por: a) Autoridades adjudicantes; ou b) Entidades adjudicantes, desde que as obras ou serviços se destinem a uma das atividades referidas no Anexo II*.

<sup>481</sup> Nos termos do disposto no Regulamento Delegado 2015/2172 da Comissão de 24 de novembro de 2015, *que altera a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos*, a partir de 1 de janeiro de 2016 o limiar mínimo de aplicação da Diretiva passou a ser de € 5.225.000,00, e não de € 5.186.000,00, como resultava do artigo 8, n.º 1, da mesma.

<sup>482</sup> Nos termos do disposto nesta última alínea, entende-se por concessão de serviços públicos *um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras referida na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*.

em que os contratos de concessão podem ser modificados sem que tenham de ser precedidos de um novo procedimento pré-contratual.

Desde logo, o contrato de concessão de serviços públicos pode ser livremente modificado, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea e) da Diretiva 2014/23/UE, *se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4*. Dispondo, por seu turno, o n.º 4 deste artigo que *a modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial na aceção do n.º 1, alínea e), caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente*.

Assim, a noção de modificação não substancial surge definida na Diretiva 2014/23/UE pela negativa<sup>483</sup>, como a modificação do contrato que não torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente. Noção que é complementada por um conjunto de exemplos de modificações substanciais, elencado na segunda parte do artigo.

Nos termos do disposto na segunda parte do n.º 4 do artigo 43.º, uma modificação objetiva do contrato é, assim, *em qualquer caso*, considerada uma modificação substancial quando:

- Introduza condições que, se tivessem feito parte do procedimento de formação do contrato de concessão objeto de modificação, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão<sup>484</sup>;
- Altere o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial<sup>485</sup>;

---

<sup>483</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, cit., p. 572.

<sup>484</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*.

<sup>485</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*. Sobre esta alínea, cfr. JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, “Del Ius Variandi a la Libre Concurrencia: La Prohibición de Modificación

– Alargue consideravelmente o âmbito da concessão<sup>486</sup>.

As modificações objetivas que não se subsumam na previsão de alguma das alíneas do n.º 4, *supra* citadas – e que, de um modo geral, não tornem a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente – não serão, assim, qualificadas como substanciais, pelo que serão sempre admitidas, independente do respetivo montante<sup>487</sup>.

As modificações admissíveis do contrato de concessão de serviços públicos, sem que este tenha de ser precedido de um novo procedimento pré-contratual, não ficam, no entanto, limitadas às *não substanciais*. Na apreciação das modificações que podem ser feitas aos contratos públicos sem que sejam consideradas uma nova adjudicação, há que ter em consideração, não só o princípio da concorrência, mas, também, o interesse público na modificação do contrato<sup>488</sup>. Como refere SUNE TROELS POULSEN, o Direito Europeu dos Contratos Públicos, designadamente o Direito derivado, assenta no equilíbrio entre essas duas considerações<sup>489</sup>.

---

Como Regla General en los Contratos Públicos”, in *Anuario del Gobierno Local 2012*, [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1433/04\\_BANO\\_p141\\_151\\_Anuario\\_2012.pdf?sequence=1](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1433/04_BANO_p141_151_Anuario_2012.pdf?sequence=1), 2016, cit., p. 145, reconduzindo esta alteração substancial, traduzida na alteração do equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário em termos não previstos na concessão inicial, a uma concretização da situação prevista na alínea anterior.

Ainda sobre esta alínea, cumpre referir que esta alteração do equilíbrio económico da concessão pode decorrer, não só de um aumento do objeto e/ou da duração da concessão (o que normalmente está associado a um aumento das receitas que o concessionário consegue extrair da exploração do serviço), mas também de uma redução. Como refere, a este propósito, PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., p. 24, *será substancial, por exemplo, a alteração que, reduzindo as prestações mas mantendo o preço, desequilibre o contrato a favor do adjudicatário. O mesmo sucede quando sejam suprimidas prestações determinantes na fase pré-contratual na exclusão de propostas ou não admissão de candidatos.*

<sup>486</sup> Cfr. artigo 43.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*. A respeito desta alínea, cabe assinalar que esta modificação vai de encontro a um dos exemplos arrolados pelo TJUE no Acórdão *Pressetext*. Nos termos deste aresto, *supra* citado, *uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial quando alarga o contrato numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos*, considerando-se como uma *medida importante* a que seja superior a 50% do preço inicial. Contrariamente ao TJUE, o legislador comunitário optou, porém, por não avançar com uma concretização do que considera ser um *alargamento considerável* do âmbito da concessão, o que deixa dúvidas quanto à interpretação desta alínea.

<sup>487</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, cit., p. 572.

<sup>488</sup> SUNE TROELS POULSEN, “The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure Under EU Law”, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5 2012, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, cit., p. 167.

<sup>489</sup> *Ibidem*.

Assim, o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE consagra um elenco de modificações que, mesmo que possam ser consideradas substanciais, são sempre admissíveis por força de autorização expressa nesse sentido<sup>490</sup>.

Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 deste artigo, a modificação é admissível, desde logo, e independentemente do seu valor monetário, se estiver prevista nas peças do procedimento em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão de valores ou opções claras, precisas e inequívocas no sentido da modificação.

Aqui, com um importante limite, de respeito pela natureza global da concessão, o que se compreende, sob pena de descaracterização do contrato de concessão objeto de modificação. O que significa que, ainda que, por via da previsão de cláusulas de revisão, seja possível introduzir modificações substanciais, estas nunca poderão ser de molde a alterar a natureza global do contrato, tornando-o num contrato materialmente diferente<sup>491</sup>. Como aponta PEDRO GONÇALVES, trata-se aqui de *uma regra geral, com afloramentos em todos os casos de modificação permitida*<sup>492</sup>.

Ainda nos termos deste preceito, estas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Trata-se aqui, não de *modificações do contrato*, mas de *modificações nos termos do contrato*<sup>493</sup>, de maneira que, neste último caso, as modificações a operar já foram submetidas à concorrência. Como explicam KRISTIAN HARTLEV e MORTEN WAHL LILJENBØL, a *modificação nos termos do contrato* foi, juntamente com as peças do procedimento, sujeita à concorrência, o que significa que os demais proponentes e operadores económicos tiveram oportunidade de tomar em consideração a possibilidade de modificação do

---

<sup>490</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 572.

<sup>491</sup> *Ibidem*.

<sup>492</sup> *Idem*, cit., p. 570.

<sup>493</sup> KRISTIAN HARTLEV, MORTEN WAHL LILJENBØL, "Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need For a New Tender", in *Public Procurement Law Review*, Issue 2 2013, Londres, Sweet & Maxwell, 2013, cit., p. 58, distinguindo entre *changes of the contract* e *changes pursuant to the contract*.

contrato ainda na fase de formação do contrato e em igualdade de circunstâncias com o adjudicatário, não carecendo, agora, de tutela através do lançamento de um novo procedimento de adjudicação<sup>494</sup>.

Porém, não poderá deixar de se assinalar que, na generalidade dos contratos de concessão de serviços públicos, a previsão deste tipo de cláusulas não será tarefa fácil.

Este artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2014/23/UE, que, de resto, materializa aquele que já era o entendimento do TJUE sobre o tema, assenta no pressuposto de que, aquando do lançamento do procedimento tendente à formação de um contrato, a entidade adjudicante consegue antever as necessidades de interesse público a satisfazer durante todo o período do contrato e a capacidade do mercado para satisfazê-las, bem como as modificações que, de futuro, serão necessárias, o que não é verdade<sup>495</sup>. A realidade demonstra que são várias as circunstâncias que podem ocorrer após a adjudicação do contrato e que a entidade adjudicante dificilmente poderia ter previsto aquando da elaboração das peças do procedimento, em especial nos contratos de maior duração e/ou complexidade, como é o caso da maior parte dos contratos de concessão de serviços públicos<sup>496</sup>.

Porém, e como apontam KRISTIAN HARTLEV e MORTEN WAHL LILJENBØL, considerando as exigências decorrentes do princípio da transparência, uma cláusula de revisão que implique a negociação dos termos da modificação no decurso da execução do contrato, que não se circunscreva a meros tecnicismos, poderá ser encarada como uma violação daquele princípio<sup>497</sup>. Recorde-se que, nos termos do disposto no artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2014/23/UE, as cláusulas de revisão inseridas nos contratos de concessão *devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que*

---

<sup>494</sup> *Ibidem*.

<sup>495</sup> SUNE TROELS POULSEN, “The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure Under EU Law”..., cit., p. 167.

<sup>496</sup> *Ibidem*.

<sup>497</sup> KRISTIAN HARTLEV, MORTEN WAHL LILJENBØL, “Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need For a New Tender”..., cit., p. 58.

*podem ser aplicadas*, havendo uma preocupação do legislador comunitário no sentido de que as *modificações nos termos do contrato* sejam precisas e inequívocas.

Assim, o grande desafio nestes contratos, por forma a beneficiar do disposto no artigo 43.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2014/23/UE, é o de conseguir cláusulas de revisão que respeitem as exigências de transparência aqui previstas, ao mesmo tempo que proporcionam a flexibilidade necessária à adaptação da relação contratual<sup>498</sup>.

A par destas modificações, previstas nas peças do procedimento, são também admissíveis, nos termos do disposto no artigo 43.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 23/2014/UE, as que decorram da necessidade de obras ou serviços adicionais por parte do concessionário não incluídos na concessão inicial, caso a mudança de concessionário: (i) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes adquiridos ao abrigo da concessão inicial; e (ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade ou entidade adjudicante.

Aqui, com um limite adicional, no caso dos contratos de concessão adjudicados por uma autoridade adjudicante com vista à prossecução de uma atividade diferente das previstas no Anexo II da diretiva<sup>499</sup>, em que o aumento de valores decorrente da modificação não pode exceder 50% do valor da concessão original.

---

<sup>498</sup> *Idem*, cit., pp. 58 e 59.

<sup>499</sup> Cfr. Anexo II da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão, sobre as Atividades Exercidas por Entidades Adjudicantes Referidas no Artigo 7.º*, que elenca um conjunto de atividades nas áreas do gás e do calor (n.º 1), da eletricidade (n.º 2), da disponibilização ou exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por caminho-de-ferro, sistemas automáticos, carros elétricos, tróleys, autocarros ou cabo (n.º 3), da exploração de uma área geográfica para disponibilizar aeroportos e portos marítimos ou fluviais ou outros terminais às empresas de transporte aéreo, marítimo ou fluvial (n.º 4), dos serviços postais e serviços relacionados (n.º 5) e da exploração de uma área geográfica para a extração de petróleo ou gás ou prospeção ou extração de carvão ou de outros combustíveis sólidos (n.º 6).



Ainda nos termos deste artigo 43.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, caso sejam realizadas várias modificações, este limite, de 50% do valor da concessão original, aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem, todavia, ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente diretiva, devendo ser publicitadas pela autoridade ou entidade adjudicante através de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia.

Com efeito, nos termos do disposto no segundo parágrafo da alínea e) do n.º 1 do artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, na sequência de uma modificação do contrato de concessão nos casos previstos na alínea b) e c) deste artigo, esta deverá ser objeto de anúncio para o efeito naquele jornal, incluindo, entre outras informações elencadas no Anexo XI: a descrição da concessão antes e depois da modificação, com indicação da natureza e extensão dos serviços<sup>500</sup>; se aplicável, a modificação do valor da concessão, incluindo os aumentos de preço ou taxas resultantes da modificação<sup>501</sup>; a descrição das circunstâncias que tornaram necessária a modificação<sup>502</sup>; e a data da decisão de adjudicação da concessão<sup>503</sup>.

Ao abrigo do disposto no artigo 43.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2014/23/UE, a modificação do contrato é ainda admissível, sem que tenha de ser precedida de um novo procedimento de adjudicação, quando se verifique um conjunto de condições aí elencadas, associadas à ocorrência de circunstâncias imprevisíveis.

---

<sup>500</sup> Cfr. n.º 4 do Anexo XI da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão, sobre as Informações a Incluir nos Anúncios de Modificação de uma Concessão Durante o Seu Período de Vigência em Conformidade com o Artigo 43.º*.

<sup>501</sup> Cfr. n.º 5 do Anexo XI da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão, sobre as Informações a Incluir nos Anúncios de Modificação de uma Concessão Durante o Seu Período de Vigência em Conformidade com o Artigo 43.º*.

<sup>502</sup> Cfr. n.º 6 do Anexo XI da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão, sobre as Informações a Incluir nos Anúncios de Modificação de uma Concessão Durante o Seu Período de Vigência em Conformidade com o Artigo 43.º*.

<sup>503</sup> Cfr. n.º 7 do Anexo XI da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, *relativa à adjudicação de contratos de concessão, sobre as Informações a Incluir nos Anúncios de Modificação de uma Concessão Durante o Seu Período de Vigência em Conformidade com o Artigo 43.º*.

Deste modo, o contrato de concessão pode ser modificado se, cumulativamente: (i) a necessidade de modificação decorrer de circunstâncias que uma autoridade ou entidade adjudicante diligente não podia prever; (ii) a modificação não alterar a natureza global da concessão; e (iii) no caso de concessões adjudicadas pela autoridade adjudicante com vista à prossecução de uma atividade distinta das referidas no Anexo II, o aumento dos valores não ultrapasse 50% do valor da concessão original. Quanto a esta última condição, e à semelhança do que ficou exposto quanto às modificações nos termos da alínea b) deste artigo, caso sejam realizadas modificações sucessivas, o limite dos 50% do valor da concessão original aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Prevendo-se, também aqui, que tais modificações não podem ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente diretiva.

Igualmente nos termos do disposto no segundo parágrafo da alínea e) do n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE, as modificações efetuadas na sequência da ocorrência de factos imprevistos deverão ser publicitadas através de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, com as menções previstas no Anexo XI.

Considerando a redação da alínea c) do n.º 1 do artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, que refere *circunstâncias que uma autoridade adjudicante ou entidade adjudicante diligente não podia prever*, poder-se-á confundir a modificação aqui prevista com a modificação por alteração das circunstâncias consagrada no nosso ordenamento, no artigo 312.º, alínea a), do CCP<sup>504</sup>.

Porém, e como refere PEDRO GONÇALVES, *na hipótese em análise neste número está em causa uma modificação que incide sobre a execução do contrato, com o objetivo, em regra, de alargar as prestações*<sup>505</sup>.

Acresce que a modificação nos termos desta alínea c) pressupõe, além da ocorrência de circunstâncias imprevisíveis, a verificação de um conjunto de

---

<sup>504</sup> Neste sentido, cfr. FRANCISCA VILLALBA PÉREZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”..., cit., pp. 16 e 17, referindo que este artigo 43.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2014/23/UE deixa a porta aberta à aplicação da teoria do risco imprevisível.

<sup>505</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, cit., p. 571.

condições que, a aplicar-se no contexto de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, postergaria de forma inadmissível o princípio da boa fé, que, como se viu, o regime da modificação do contrato por alteração das circunstâncias visa tutelar.

Como oportunamente ficou exposto, o regime da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, permitindo à parte lesada recuperar o equilíbrio do contrato, designadamente, através de uma modificação, consubstancia uma verdadeira válvula de escape do sistema jurídico, dando concretização ao princípio da boa fé, aqui na sua vertente de tutela da confiança. Nas palavras de JOANA DE SOUSA LOUREIRO, *não seria justo que a esse direito, fundado num «imperativo de justiça», fossem sobrepostos os interesses da concorrência*<sup>506</sup>.

Por força do n.º 2 do artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, e sem que seja necessário apurar se a modificação é substancial ou não substancial nos termos do n.º 4, as concessões podem ainda ser modificadas sem necessidade de novo procedimento de adjudicação se o valor da modificação for inferior, cumulativamente, (i) ao limiar estabelecido no artigo 8.º, entretanto atualizado para € 5.225.000,00<sup>507</sup>, e (ii) a 10% do valor da concessão inicial, e conquanto a modificação não altere a natureza global da concessão<sup>508</sup>. Ainda nos termos deste preceito – e contrariamente ao que se dispõe quanto aos demais casos de modificação – no caso de modificações sucessivas, este valor deverá ser avaliado com base no valor líquido acumulado das várias modificações.

---

<sup>506</sup> JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE” ..., cit., p. 972.

<sup>507</sup> Cfr. Regulamento Delegado 2015/2172 da Comissão de 24 de novembro de 2015, *que altera a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos*.

<sup>508</sup> Como refere, a este propósito, STEEN TREUMER, “Regulation of Contract Changes Leading to a Duty to Retender the Contract: The European Commission’s Proposals of December 2011”, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5 2012, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, cit., pp. 163 e 164, esta condição assume particular relevo, na medida em que uma modificação de pequena escala, inexpressiva em termos monetários, pode, ainda assim, ter um impacto significativo na concorrência.

Por fim, cabe uma nota a um limite geral que, tendo figurado na *Proposta de Diretiva relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*<sup>509</sup>, não transitou para a Diretiva 2014/23/UE, consubstanciando uma importante contração do poder / dever de gestão do contrato a cargo do contraente público, designadamente, num cenário de crise.

Nos termos do artigo 42.º, n.º 7, da Proposta (correspondente, *grosso modo*, ao atual artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE), as autoridades e entidades adjudicantes não devem recorrer a modificações dos contratos de concessão: (i) quando a modificação se destinar a corrigir deficiências no desempenho do concessionário ou as respetivas consequências, podendo o mesmo resultado ser alcançado através da aplicação das obrigações contratuais; ou, ainda, (ii) quando a modificação tiver por objetivo compensar os riscos de aumento dos preços resultantes de uma flutuação que possa afetar significativamente a execução do contrato e que tenham sido objeto de cobertura por parte do concessionário.

Na base deste limite está, naturalmente, o princípio da concorrência, assumindo-se que modificações deste tipo serão, na generalidade dos casos, substanciais, por implicarem uma alteração da ordenação das propostas ou o aparecimento de novos proponentes, caso tivessem sido consideradas<sup>510</sup>. Porém, e como aponta STEEN TREUMER, a abordagem restritiva assumida pela Proposta vai contra a prática contratual, indo mesmo além da jurisprudência do TJUE nesta matéria<sup>511</sup>. Uma modificação neste contexto não pode, naturalmente, visar uma renegociação dos termos essenciais da concessão, mas pode permitir a manutenção da concessão original, ao mesmo tempo que assegura um desempenho satisfatório<sup>512</sup>, sendo desejável alguma flexibilidade que este preceito eliminaria por completo.

---

<sup>509</sup> *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Adjudicação de Contratos de Concessão*, de 20 de dezembro de 2011, in COM (2011) 897 final.

<sup>510</sup> STEEN TREUMER, “Regulation of Contract Changes Leading to a Duty to Retender the Contract: The European Commission’s Proposals of December 2011”..., cit., pp. 160 e 161.

<sup>511</sup> *Idem*, cit., p. 161.

<sup>512</sup> *Idem*, cit., p. 163, referindo, neste contexto, que teria sido preferível que a Diretiva tivesse clarificado que a autoridade ou entidade adjudicante pode proceder a algumas modificações do contrato em caso de deficiências no desempenho do concessionário, prevendo em seguida critérios de admissibilidade dessas modificações, tomando em devida conta o interesse público das autoridades e entidades adjudicantes numa abordagem mais flexível neste campo.

Porém, e como ficou dito, este limite não transitou para a Diretiva 2014/23/UE, podendo sustentar-se, com base num argumento literal, mas também num argumento histórico, que o atual regime de modificação dos contratos de concessão constante do Direito derivado não veda, à partida, a possibilidade de alteração num quadro de incumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do concessionário. Conclusão que sempre dependerá, naturalmente, do cumprimento das demais condições de que o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE faz depender a modificação destes contratos.

Apresentados os vários casos em que, nos termos da Diretiva 2014/23/UE, são admissíveis modificações objetivas do contrato de concessão de serviços públicos sem a prévia sujeição a um procedimento de adjudicação<sup>513</sup>, coloca-se, por fim, a questão, da sua taxatividade. Questão que parece ter uma resposta positiva, considerando a letra do artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, desde logo, do seu n.º 5, que dispõe que *as modificações das disposições de uma concessão durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento da concessão nos termos da presente diretiva*.

Todavia, como salienta PEDRO GONÇALVES, não poderá aqui deixar de se entender que *a disciplina das diretivas visa apenas as modificações por razões de interesse público*<sup>514</sup>, por serem as únicas suscetíveis de contender com o princípio da concorrência. Com efeito, *a modificação por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias – que tem fundamento direto na justiça e na equidade e não visa interferir com o âmbito das prestações contratuais ou o modo de execução destas*,

---

<sup>513</sup> Ao que acresce, na alínea d) do n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE, um caso de modificação subjetiva. Nos termos do disposto neste preceito, a alteração do concessionário na vigência do contrato é admissível, sem necessidade de um novo procedimento de adjudicação, se o concessionário ao qual a autoridade ou entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão for substituído por um novo, por um dos seguintes motivos:

(i) haja uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da alínea a) do n.º 1 deste artigo;  
(ii) haja uma transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação (incluindo OPA, fusão e aquisição) ou de uma insolvência, para outro operador que satisfaça os critérios de seleção inicialmente estabelecidos no procedimento de formação do contrato, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e a operação não se destine a contornar a aplicação da diretiva; ou  
(iii) haja uma assunção pela própria autoridade ou entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se essa possibilidade estiver prevista na legislação nacional.

<sup>514</sup> PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos...*, cit., pp. 573 e 574.

*mas apenas recuperar o equilíbrio financeiro do contrato – continuará a constituir um fundamento autónomo da modificação de contratos, em paralelo com a modificação por razões de interesse público*<sup>515</sup>.

#### **4. A Crise Como Causa de Modificação do Contrato por Razões de Interesse Público**

##### **4.1. Considerações Gerais**

Considerando todo o exposto, cabe ponderar se a crise pode estar na base de uma modificação do contrato por razões de interesse público.

Como se adiantou *supra*, no quadro dos vários impactos que a crise pode ter sobre o contrato de concessão de serviços públicos, a possível utilização dos poderes de conformação da relação contratual pelo concedente numa lógica de proteção do contrato reveste particular interesse<sup>516</sup>.

Como salienta PEDRO GONÇALVES, *a ideia de gestão do contrato público começa por nos remeter para a responsabilidade ou incumbência específica que recai sobre o contraente público de, em nome do interesse público, assegurar o cumprimento das obrigações contratuais por parte do contraente privado*<sup>517</sup>.

Subjacente à celebração de um determinado contrato de concessão de serviços públicos está uma necessidade de interesse público que só o seu pontual cumprimento pode satisfazer. Se o contraente público assumir uma postura eminentemente passiva, *deixando o contraente privado entregue a si mesmo ou a mecanismos informais e privados de acompanhamento, é realmente sério o risco de ser perderem os benefícios e toda a public value de um originário “bom contrato”*<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> *Idem*, cit., p. 574.

<sup>516</sup> V. *supra*, Capítulo IV, ponto 3.2.

<sup>517</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 19.

<sup>518</sup> *Idem*, cit., p. 21.

Como refere PEDRO MATIAS PEREIRA, *a entrega de tarefas a atores privados mantém na esfera pública um dever geral de assegurar e garantir que os atores privados cumprem as incumbências que lhes são cometidas para alcançarem os resultados pretendidos: satisfação do interesse público e das necessidades da coletividade*<sup>519</sup>. Afinal de contas, é esta a primordial função dos poderes de conformação da relação contratual reconhecidos ao contraente público no atual artigo 302.º do CCP. Nas palavras de MARIA JOÃO ESTORNINHO, o contraente público conserva, precisamente, estes poderes *em razão do interesse público que o contrato visa realizar, como forma de assegurar que no cumprimento do contrato o co-contratante particular executa as prestações da forma mais adequada à realização desse fim*<sup>520</sup>.

Assim, do mesmo modo que *o contraente privado colabora com a Administração no cumprimento de tarefas de interesse público, também esta – sempre, mas, sobretudo, em momentos de crise – deve colaborar ou cooperar de boa fé com o privado, adotando as medidas de gestão contratual que se lhe afigurem adequadas e que possam mitigar o risco de degradação irreversível da situação económica do contraente*<sup>521</sup>.

Neste sentido dispõe, desde logo, o artigo 291.º do CCP, ao consagrar um dever de proteção do contraente privado por parte do contraente público no contexto específico da perturbação, ou ameaça de perturbação, da relação contratual por terceiros. Nos termos deste artigo, *o contraente público deve exercer as respetivas competências de autoridade a fim de reprimir ou prevenir a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos de que resulte a impossibilidade ou grave dificuldade da boa execução do contrato pelo co-contratante e da obtenção por este das receitas a que tenha direito*. Ainda que circunscrito ao caso específico das relações com terceiros, o artigo 291.º do CCP não deixa de consagrar um dever de proteção do contraente privado tendo em vista a boa execução do contrato, o que,

---

<sup>519</sup> PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 10, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2014, cit., p. 74.

<sup>520</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos...*, cit., p. 477.

<sup>521</sup> PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”, cit., p. 74.

como bem salienta PEDRO MATIAS PEREIRA, *reforça a ideia de colaboração na dogmática dos contratos públicos*<sup>522</sup>.

É precisamente nessa lógica de colaboração do contraente público com o contraente privado, com vista à proteção do contrato e do interesse público que lhe está subjacente, que o concedente poderá fazer uso dos seus poderes de conformação da relação contratual em auxílio do concessionário em dificuldades económicas.

Com efeito, mesmo quando, no caso concreto, se conclua que os efeitos da crise se enquadram no âmbito dos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos, a suportar pelo concessionário, o concedente não tem ficar *de braços cruzados*, aguardando pela degradação da situação económica do concessionário e pelo incumprimento do contrato. Pelo contrário, faz sentido que o concedente possa adotar medidas e providências com vista a evitar ou, pelo menos atenuar, o eventual efeito de degradação da situação económica do concessionário atingido por circunstâncias associadas à crise, procurando garantir o pontual cumprimento do contrato<sup>523</sup>.

Neste quadro, equaciona-se o exercício dos poderes de conformação da relação contratual quer numa perspetiva *preventiva*, no sentido de evitar eventos de incumprimento por parte do concessionário, quer numa perspetiva *reativa*, no sentido de remediar determinadas disfunções causadas pela crise<sup>524</sup>. Pressupondo-se, neste último caso, que a aplicação dos remédios pelo concedente *ainda vai a tempo...*

---

<sup>522</sup> *Idem*, cit., p. 75. No mesmo sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 30, concluindo: *Como se deduz da parte final do preceito, a intervenção do contraente público cumpre, nesta hipótese, o objetivo fundamental de proteger os interesses económicos do contraente privado e, em concreto, o seu direito à obtenção de uma determinada receita. Nestes termos, e de forma aliás bastante expressiva, a disposição consagra um sentido menos divulgado da ideia de colaboração na dogmática dos contratos públicos: a colaboração do contraente público com o contraente privado.*

<sup>523</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 13.

<sup>524</sup> *Idem*, cit., pp. 19 e 20.



Naturalmente, *serão inúmeras as hipóteses em que não há (ou em que já não há) remédio possível e em que a rotura do contrato se apresenta, portanto, inevitável*<sup>525</sup>, devendo recusar-se a aplicação deste tipo de medidas quando, no plano dos meios técnicos e humanos disponíveis, o concessionário já não se encontra em condições de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais<sup>526</sup>. Trata-se, desde logo, de uma consequência do princípio da proporcionalidade que rege a atividade contratual da Administração<sup>527</sup>, que se traduz, entre outros, num teste de adequação<sup>528</sup>. Na medida em que a adoção de medidas de auxílio seja inapta para a prossecução do fim de proteção do contrato que visam atingir, estas deverão ser recusadas.

Ainda ao abrigo do princípio da proporcionalidade, as medidas de auxílio a adotar devem ser equilibradas ou proporcionais *stricto sensu*, devendo ser igualmente recusadas quando os respetivos custos sejam manifestamente superiores aos benefícios que sejam de esperar da sua implementação<sup>529</sup>. Ainda para mais num quadro de crise generalizada, que, envolvendo também o concedente, se traduz num *reduzido ou mesmo nulo espaço para a viabilidade económica de todas as medidas que envolvam aumentos de custos para os orçamentos públicos*<sup>530</sup>.

Além dos limites que decorrem da aplicação dos princípios que regem toda a atividade administrativa, quando a aplicação de medidas de auxílio ao

---

<sup>525</sup> *Idem*, cit., p. 38.

<sup>526</sup> *Idem*, cit., pp. 38 e 39, clarificando: *O sentido da assistência e do auxílio público reside em prevenir as consequências indesejáveis das dificuldades económicas, designadamente por se prever que tais dificuldades ameaçam vir a comprometer a performance do contraente privado; ora, se a boa execução do contrato se encontra comprometida, porque o contraente privado já não dispõe de meios técnicos e pessoais necessários para assegurar aquele resultado, afigura-se, pelo menos em princípio, desajustada uma gestão pública contratual pautada pelo auxílio e pela assistência.*

<sup>527</sup> Em concretização do princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado no artigo 266.º, n.º 2 da CRP, dispõe o artigo 281.º do CCP que *o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato.*

<sup>528</sup> Sobre as dimensões em que se desdobra o princípio da proporcionalidade, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I..., cit., pp. 214 a 216.

<sup>529</sup> *Idem*, cit., p. 214. No mesmo sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 40, referindo que *deve recusar-se a implementação de medidas de defesa do contrato e de auxílio do contraente privado que representem um prejuízo desproporcional para o interesse público – neste âmbito, impõe-se a ponderação do risco de as medidas não debelarem a situação crítica do contraente privado e de, por conseguinte, induzirem, sem benefício, o aumento dos custos do contraente público.*

<sup>530</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 40.

concessionário em dificuldades económicas e proteção do contrato se materialize no exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público – como ocorrerá na maioria dos casos –, haverá que contar, ainda, com os pressupostos e limites previstos nos artigos 311.º a 315.º do CCP.

Como ficou oportunamente exposto, seja por via do exercício do poder de modificação unilateral, seja por via negocial, a modificação do contrato do contrato por razões de interesse público está limitada, não só pelo interesse público<sup>531</sup>, mas, também, pelo respeito do núcleo essencial do contrato e do princípio da concorrência, nos termos do disposto no artigo 313.º, n.º 1, do CCP.

Ao que acresce, no quadro do Direito Europeu dos Contratos Públicos, um conjunto de limitações ligadas à tutela do princípio da concorrência. Como se adiantou *supra*, apesar de ainda não ter sido transposto para a ordem jurídica portuguesa, o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE não deverá deixar de ser equacionado – não só porque vai condicionar a transposição, mas também porque, findo o prazo de transposição sem que esta tenha sido feita<sup>532</sup>, o regime constante deste artigo poderá ser diretamente invocado por força do princípio do efeito direto do Direito europeu reconhecido pela jurisprudência do TJUE<sup>533</sup>.

Em face das limitações impostas pelo Direito Nacional e pelo Direito Europeu ao exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público, a questão que se coloca é a seguinte: num contexto de crise económica e financeira, que margem tem o concedente, ou ambas as partes, por acordo, para modificar o contrato com vista à implementação de medidas de auxílio ao concessionário em situação económica difícil e de proteção do contrato?

---

<sup>531</sup> Que, como se viu, é seu pressuposto e limite.

<sup>532</sup> De acordo com o disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE, *os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016.*

<sup>533</sup> Neste sentido, veja-se o emblemático Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 1974, *Van Duyn*, Processo 41/74, que veio reconhecer o efeito direto vertical das diretivas preenchidos que estivessem os requisitos clareza, precisão, suficiência e incondicionalidade normativas, o que, como aponta MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português...*, cit., p. 67, *passou a significar que, uma vez decorrido o prazo para a transposição, os particulares pudessem invocar as respetivas disposições na defesa dos seus interesses contra as autoridades públicas.*

A resposta a esta questão não se afigura fácil, em especial, atendendo aos apertados constrangimentos que decorrem do limite do respeito pelo princípio da concorrência.

De facto, no caso da modificação do contrato por razões de interesse público motivada por restrições orçamentais do concedente, será, porventura, mais fácil sustentar a não substancialidade da modificação. À partida, esta não implicará uma alteração do equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário ou um alargamento considerável do âmbito da concessão, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 43.º, n.º 4, alíneas b) e c), da Diretiva 2014/23/UE. Antes pelo contrário, considerando a preocupação de redução de custos que, por norma, lhe está subjacente.

Porém, nem assim esta modificação está livre de esbarrar na condição prevista nos artigos 313.º, n.º 2, do CCP e 43.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/23/UE, sendo considerada substancial.

Recorde-se que, nos termos do disposto no artigo 313.º, n.º 2, do CCP, a modificação do contrato só é permitida (considerando-se não substancial, na terminologia europeia) *quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*. Na mesma linha, o artigo 43.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/23/UE determina que uma modificação do contrato é considerada substancial se introduzir *condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão*.

Como refere, a este propósito, PEDRO NUNO RODRIGUES, *a substancialidade da alteração nem resulta, necessariamente, da atribuição de novas prestações, sendo mesmo admissível que se configure na sequência da redução de prestações*

*contratadas*<sup>534</sup>. Basta, para tanto, que sejam suprimidas prestações determinantes na fase pré-contratual na ordenação ou exclusão de propostas<sup>535</sup>.

Reconhecendo a existência de alguns obstáculos à modificação do contrato por razões de interesse público motivada por restrições orçamentais do concedente, que sempre decorrerão do necessário respeito dos pressupostos e limites do exercício deste poder de conformação da relação contratual, constata-se, porém, que quando esteja em causa uma intenção de auxílio ao concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato, a modificação do contrato de concessão será ainda mais difícil de justificar. Neste último caso, são várias as dificuldades que se colocam.

#### **4.2. Dificuldades Associadas ao Interesse Público**

Desde logo, colocam-se dificuldades ao nível do pressuposto e limite da modificação do contrato por razões de interesse público, que, passe a redundância, é o interesse público.

Como dispõe o artigo 312.º, alíneas a) e b) do CCP, o contrato só pode ser modificado por força de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar ou por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Significa que isto que o auxílio ao concessionário que, *in casu*, justifica a modificação do contrato tem de poder ser reconduzido ao interesse público subjacente ao contrato, sob pena de desvio de poder. Naturalmente, *uma concreta*

---

<sup>534</sup> PEDRO NUNO RODRIGUES, *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas...*, cit., p. 24.

<sup>535</sup> *Ibidem*, referindo, ainda sobre esta questão, que *os princípios da contratação pública podem ainda ser prejudicados, em abstrato, a montante do procedimento, se a modificação for de tal forma relevante (v.g., eliminando-se prestações de especial complexidade) que possa ter-se como seguro que, não fossem exigidas as prestações suprimidas, outros operadores (v.g., menos especializados) teriam tido inequívoco interesse em participar e disputar o contrato.*

*decisão da administração pode envolver vantagens para interesses particulares, mas elas não podem ser a meta da atuação administrativa*<sup>536</sup>.

Como assinala JOÃO PACHECO DE AMORIM, a propósito da modificação do contrato com vista à sua prorrogação, a vinculação do exercício deste poder ao interesse público *exclui desde logo, claro está, o poder fundar-se o efeito prorrogatório na mera invocação de que o contraente privado, não obstante cumpridor, necessitaria afinal de mais tempo para amortizar e remunerar o capital investido*<sup>537</sup>.

Na mesma linha, refere LINO TORGAL que *a prorrogação do prazo de que ora curamos não se explica pela necessidade de garantir o retorno compensador dos investimentos inicialmente previstos no contrato, traduzindo-se, assim, num acréscimo (potencial) de remuneração em benefício do concessionário, pelo que a respetiva ocorrência apenas se revelará justificada no caso de encontrar suporte em adequadas e relevantes razões de interesse público*<sup>538</sup>.

Assim, num quadro de crise, não basta a intenção de auxiliar o concessionário em situação económica difícil. É necessário que esse auxílio encontre correspondência no interesse público subjacente ao contrato, o que será defensável quando este seja um meio de proteger o próprio contrato.

Retomando aqui a ideia de exercício dos poderes de conformação da relação contratual numa lógica de proteção do contrato, poder-se-á perspetivar a adoção

---

<sup>536</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, cit., p. 208, concluindo, nesta linha, que *uma atuação administrativa que prossiga interesses privados ou interesses públicos alheios à finalidade normativa do poder exercido é ilegal e está viciada de desvio de poder, respetivamente por motivo de interesse privado ou por motivo de interesse público, o que acarretará a sua invalidade*.

<sup>537</sup> JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos” ..., cit., p. 50.

<sup>538</sup> LINO TORGAL, “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos” ..., cit., p. 238, concluindo que *será imprescindível, para se operar a prorrogação do prazo, que, além da revelação pelo concessionário de capacidade de gestão das atividades concedidas (desse modo, favorecendo, reflexamente, o interesse público), se verifique um conjunto de circunstâncias excecionais, em determinado setor de atividade, que deponha credivelmente no sentido de ser mais vantajoso – económico-financeira e/ou socialmente – que a Administração estenda o prazo da concessão, em vez de reassumir diretamente a atividade em causa ou de promover a organização de um novo procedimento concorrencial, dirigido à celebração de um novo contrato*.

de medidas de auxílio do concessionário em situação económica difícil como uma forma de realização do interesse público.

No decurso de um contrato de concessão de serviços públicos, não podem, certamente, ignorar-se os efeitos prejudiciais que podem advir do facto de se abater uma situação de crise económica sobre concessionário<sup>539</sup>. Como refere PEDRO GONÇALVES, *evitar todos estes pesados custos e prejuízos através de providências adotadas no momento certo, a um custo relativamente baixo, revela-se uma solução de proteção e de defesa do interesse público, e pode mesmo representar uma forma de boa governação pública fomentada ou estimulada pela crise*<sup>540</sup>.

Indo mais longe, PEDRO MATIAS PEREIRA afirma que, num contexto de crise económica, *além de servir o interesse no cumprimento do contrato, o auxílio a um operador económico poderá servir os interesses públicos implicados na salvaguarda da sua atividade como sejam a manutenção de postos de trabalho ou o não contágio a outras empresas (como os fornecedores ou os subcontratados)*<sup>541</sup>, consubstanciando a manutenção em atividade dos operadores económicos um *interesse público em si mesmo*<sup>542</sup>.

Porém, ainda que se conceba que, num quadro de crise, o auxílio e a manutenção em atividade das empresas possa consubstanciar um interesse público em si mesmo, este não deverá ser confundido com o interesse público subjacente ao

---

<sup>539</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 33, apontando, como exemplo destes efeitos prejudiciais: (...) *o abaixamento da performance, a instalação de um clima de desconfiança na fiabilidade do contraente e o aparecimento de falhas sistemáticas na execução contratual são alguns desses prejuízos; por outro lado, em fase mais avançada, a mesma situação de crise, se não prevenida ou não combatida em tempo, acabará por impor uma extinção prematura do contrato, circunstância que contribui para agudizar os custos que agora decorrem do processo de desmontagem da relação contratual, de descontinuação da atividade e de “reprocura”*. Na mesma linha, cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções” ..., cit., p. 79, destacando, ainda, *alguns custos sociais – como o desemprego – que se encontram sempre associados a estas contingências, sobretudo se estiverem em causa situações de insolvência (ou risco de insolvência). Custos esses que se exponenciarão nos casos, algo generalizados, de um contrato administrativo ter associados – mesmo que não formalmente, sob a forma de subcontratação – outros contratos destinados a fornecer bens, serviços ou obras (...) ao contraente privado*.

<sup>540</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 33.

<sup>541</sup> PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções” ..., cit., p. 95.

<sup>542</sup> *Ibidem*.

contrato que releva enquanto pressuposto e limite do exercício do poder de modificação por razões de interesse público, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 312.º, alínea b), do CCP. O que significa que, por mais vantajosa que uma modificação do contrato de concessão possa ser do ponto de vista do auxílio do concessionário em situação económica difícil, se esta não satisfizer o interesse público de proteção do contrato, não será admissível, por não cumprir com o disposto no artigo 312.º, alínea b), do CCP. Recorde-se que, estando a atividade administrativa sujeita ao princípio da legalidade, *não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses públicos a prosseguir: aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei*<sup>543</sup>. O que quer dizer que, em cada caso, *a Administração só pode prosseguir os interesses públicos especificamente definidos por lei para cada concreta atuação administrativa normativamente habilitada*<sup>544</sup>.

Considerando o exposto, conclui-se que, na medida em que as medidas de auxílio ao concessionário sejam, também, medidas de proteção da relação contratual, a modificação do contrato de concessão de serviços públicos tendente à implementação dessas medidas deverá ser admitida do ponto de vista da verificação do pressuposto e limite do interesse público. E isto porque a proteção do interesse público coincide, neste caso, com a proteção do contrato. Como refere, de forma elucidativa, PEDRO GONÇALVES, há, neste caso, *uma espécie muito particular de “motivo oportunista” a justificar a atitude colaborativa: a proteção do interesse público*<sup>545</sup>.

#### **4.3. Dificuldades Associadas à Proteção da Concorrência**

---

<sup>543</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, cit., p. 208.

<sup>544</sup> *Ibidem*.

<sup>545</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., p. 34.

O segundo grupo de dificuldades que cumpre destacar coloca-se ao nível do limite da proteção da concorrência previsto nos artigos 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP e 43.º da Diretiva 2014/23/UE.

Considerando tudo quanto já ficou exposto a propósito deste limite ao exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público, compreende-se que o princípio da concorrência, tal como consagrado no atual quadro normativo, é particularmente desfavorável à aplicação de medidas de auxílio ao concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato. Recorrendo à expressão utilizada em tom de crítica por MARK KIRKBY, mas muito elucidativa, está aqui em causa um *sacrossanto princípio da concorrência*<sup>546</sup> que, traduzindo-se em tão apertadas condições de modificação do contrato por razões de interesse público, acaba por impedir, quase por completo, a aplicação deste tipo de medidas. Senão vejamos.

Começando pelo normativo nacional, o artigo 313.º, n.º 2, do CCP, introduz uma importante limitação à modificação do contrato por razões de interesse público, em especial se esta tiver o intuito que ora se pondera, de auxílio ao contraente privado em dificuldades. Com efeito, excecionando os casos em que a natureza duradoura do contrato e o decurso do tempo o justifiquem, este artigo limita os casos em que a modificação é admissível àqueles em que seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse previsto essa modificação.

O que significa que, quando se conclua, *a contrario*, que uma dada modificação é substancial, esta será, pura e simplesmente, inadmissível.

O regime atualmente contido no artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP é, assim, mais restritivo que o exigido pelo artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, o que não deixa

---

<sup>546</sup> MARK KIRKBY, “Public Contracts at the Epicenter of the Crisis: Pondering the Variable Intensity of the Competition Principle”, in *European Review of Public Law*, Vol. 25, N.º 1, 2013, [http://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Artigos\\_/Artigos\\_2013/MAK\\_European\\_Review\\_of\\_Public\\_Law\\_Public\\_contracts\\_at\\_the\\_epicenter\\_of\\_the\\_crisis\\_07\\_10\\_2013.PDF](http://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Artigos_/Artigos_2013/MAK_European_Review_of_Public_Law_Public_contracts_at_the_epicenter_of_the_crisis_07_10_2013.PDF), 2016, cit., p. 235.



de ser curioso, já que a exigência de proteção da concorrência acolhida na legislação nacional é, como se disse, um legado do Direito Europeu dos Contratos Públicos.

Ao passo que o artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP não admite as modificações que, se tivessem figurado nas peças do procedimento, teriam implicado uma reordenação das propostas, o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, pelo contrário, admite-as, sujeitando-as a um conjunto de condições aí previstas, numa lógica de harmonização dos interesses em presença. Assim, mesmo que uma modificação seja considerada substancial, nos termos do n.º 4 do artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, nem assim esta deixará de ser possível, admitindo-se a introdução de modificações substanciais, sem a necessidade de novo procedimento de adjudicação, desde que respeitadas as condições previstas nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo. Como se pode ler no ponto (75) do preâmbulo da Diretiva 2014/23/UE, *as modificações da concessão que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado nível desse valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de concessão*. Acima de tudo, como é dito no ponto (76), *é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar a concessão*.

O que, do ponto de vista da aplicação de medidas de auxílio ao concessionário em situação económica difícil, assume especial importância, já que estão em causa modificações que, sendo objetivamente favoráveis ao concessionário, muito dificilmente passarão nos testes de substancialidade da alteração – ou por introduzirem condições que, se tivessem constado das peças do procedimento, teriam implicado uma reordenação das propostas; ou por implicarem uma alteração do equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário; ou por alargarem consideravelmente o âmbito da concessão.

Considerando o exposto, conclui-se que, à luz do quadro normativo em vigor em Portugal, a modificação do contrato por razões de interesse público tendente ao auxílio do concessionário em situação económica difícil será particularmente difícil, havendo uma probabilidade elevada de esbarrar no disposto no n.º 2 do artigo 313.º do CCP.

De facto, perante uma prorrogação do prazo da concessão ou um aumento da prestação económico-financeira a atribuir pelo concedente ao concessionário, por exemplo, será difícil demonstrar que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato modificado permaneceria inalterada, nos termos e para os efeitos deste artigo, podendo com alguma facilidade argumentar-se que, se tivessem perspetivado estas condições mais favoráveis, os demais proponentes teriam apresentado propostas diferentes e, por hipótese, até outros interessados teriam vindo ao procedimento.

Porém, caberá não esquecer o princípio da concorrência não é um princípio absoluto, devendo articular-se com os demais princípios que regem a atividade contratual da Administração. Como refere PEDRO GONÇALVES, uma interpretação rígida do princípio da concorrência contido no artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP, *não só não se impõe, como se revela mesmo incorreta*<sup>547</sup>.

Cabe pois lembrar que, ao impor limites à modificação do contrato por razões de interesse público, o que a jurisprudência do TJUE, e agora a Diretiva 2014/23/UE, pretendem é *afastar a possibilidade de o contrato sofrer um desequilíbrio em favor do adjudicatário, mas um desequilíbrio que se possa considerar prejudicial para a concorrência*<sup>548</sup>. Foi neste sentido que, no Acórdão *Pressetext*, o TJUE fez corresponder as alterações substanciais àquelas que, não estando contratualmente previstas, introduzissem um conteúdo com características substancialmente diferentes das do contrato inicial, em moldes que evidenciassem a vontade das

---

<sup>547</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 45, referindo, em tom crítico, que *de uma interpretação assim determinada poderia eventualmente resultar a visão de qualquer medida de assistência não contratualmente prevista como implementação de uma modificação substancial do contrato, por estar em causa uma modificação a favor do parceiro privado*. Na mesma linha, cfr. JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE”..., cit., pp. 992 e 993; PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”..., cit., pp. 96 e 97; e, ainda, MARK KIRKBY, “Public Contracts at the Epicenter of the Crisis: Pondering the Variable Intensity of the Competition Principle”..., cit., pp. 243 e 244, que, sobre esta matéria, assinala que a excessiva rigidez com que o princípio da concorrência tem sido aplicado pelas instituições europeias e nacionais, impedido a aplicação de medidas de proteção dos contratos, pode mesmo comprometer outros princípios igualmente, senão mais, importantes no atual contexto de crise, como o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da eficiência.

<sup>548</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 45.

partes de renegociar os termos essenciais do contrato. Sendo igualmente neste sentido que o ponto (75) do preâmbulo da Diretiva 2014/23/UE reconduz a obrigatoriedade de um novo procedimento de adjudicação àquelas alterações que *demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais* da concessão<sup>549</sup>.

O limite da proteção da concorrência impede, assim, que as modificações a introduzir no contrato configurem uma forma de falsear a concorrência que o procedimento de formação desse mesmo contrato procurou garantir. Teleologia que parece ter sido acolhida pelo legislador nacional, ao dispor, na parte final do n.º 1 do artigo 313.º do CCP, que a modificação por razões de interesse público não pode *configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*.

Como acima ficou exposto, a modificação do contrato de concessão de serviços públicos com vista ao auxílio do concessionário em situação económica difícil decorre do interesse público que se traduz na proteção do contrato. Trata-se da implementação de medidas objetivamente favoráveis ao concessionário com vista a evitar a rutura da relação contratual e os efeitos prejudiciais daí advenientes, inclusivamente, para o interesse público.

Assim, como refere PEDRO MATIAS PEREIRA, o desequilíbrio que possa advir da aplicação deste tipo de medidas *é ditado, acima de tudo, pelo interesse público e aplicar-se-á perante qualquer que seja o cocontratante privado (desde que se encontre em situação económica difícil com potenciais reflexos sobre o interesse público no cumprimento do contrato)*<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> Como se pode ler no referido ponto (75) do preâmbulo da Diretiva 2014/23/UE: *É obrigatório um novo procedimento de concessão em caso de alterações materiais à concessão inicial, em particular do âmbito de aplicação e do teor dos direitos e obrigações recíprocos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais dessa concessão.*

<sup>550</sup> PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções” ..., cit., p. 97.

E este tipo de modificações de contrato não será, à partida, atentatório do princípio da concorrência.

Afinal de contas, não se trata aqui de uma intenção das partes de renegociar os termos essenciais do contrato de concessão de serviços públicos mas, tão só, de uma intenção de proteção do contrato e do interesse público que lhe está subjacente num contexto de crise. Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, *não pode deixar de se analisar a concreta medida de assistência adotada e, desde logo, perceber se está em causa uma providência que se justifique num quadro de objetividade que permita supor que o contraente público a colocaria no terreno fosse quem fosse o contraente privado, porque, além do mais, se trata de uma solução que, apesar de envolver um benefício para um interesse privado, responde também a uma exigência de interesse público*<sup>551</sup>.

No limite, poder-se-á mesmo dizer que, considerando o interesse público subjacente à proteção do contrato, a aplicação de medidas de auxílio ao concessionário com esse desiderato seria, de certo modo expectável pelos demais interessados no procedimento de formação do contrato objeto de modificação<sup>552</sup>.

Considerando o exposto, conclui-se, assim, que o limite do respeito pela concorrência contido no n.º 2 do artigo 313.º do CCP deverá ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se coartar por completo qualquer possibilidade de aplicação de medidas de auxílio ao concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato, com prejuízo para o interesse público que lhe está subjacente, devendo apenas rejeitar-se as modificações que, traduzindo uma

---

<sup>551</sup> PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., pp. 45 e 46.

<sup>552</sup> Neste sentido, SUNE TROELS POULSEN, “The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure Under EU Law”..., cit., pp. 171 e 172, refere que nos contratos complexos e de longa duração (como é o caso do contrato de concessão de serviços públicos), é compatível com o princípio da concorrência considerar que, em função, precisamente, da complexidade e da duração do contrato, aquando da formação do contrato os demais operadores económicos sabiam que o contrato poderia exigir modificações subsequentes (designadamente, devido a dificuldades económicas do contraente privado e incumprimento do contrato) e tiveram esse facto em consideração quando decidiram apresentar uma proposta e que proposta apresentar. No mesmo sentido, cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”..., cit., pp. 97 e 98, vincando o facto de o desequilíbrio contratual resultante da aplicação de medidas de auxílio ao contraente privado em dificuldades económicas estar justificado por razões de proteção do interesse público, e não de favorecimento de um específico contraente privado.

verdadeira intenção das partes em renegociar os termos essenciais do contrato, sejam prejudiciais para a concorrência.

#### 4.4. Dificuldades Associadas à Partilha do Risco no Contrato

O terceiro grupo de dificuldades que se coloca prende-se com a partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos.

Recorde-se que, nos termos do disposto nos artigos 407.º, n.º 2, 410.º, n.º 1, 413.º e 416.º do CCP, o contrato de concessão de serviços públicos deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário<sup>553</sup>.

A transferência do risco é, assim, um elemento essencial do contrato de concessão de serviços públicos. Naturalmente, cada contrato disporá da sua matriz de risco, desenhada em função dos riscos que cada parte esteja mais apta a gerir. Ponto é que o concessionário esteja em posição de suportar a imputação dos resultados da sua gestão, *assumindo o risco*. Parafraseando MARCELLO CAETANO, *o concessionário é um empresário que aceita investir capitais na montagem ou na organização e exploração do serviço, com risco de os perder*<sup>554</sup>.

Neste quadro, compreende-se que a modificação do contrato por razões de interesse público não pode desfigurar a respetiva matriz de risco, sob pena de violação do limite do núcleo essencial do contrato previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo 313.º do CCP. Parafraseando PEDRO GONÇALVES, o concedente *não pode impor ao concessionário uma modificação que desfigure a natureza concessória do contrato (v.g., transformando-o num contrato de prestação de serviços)*<sup>555</sup>.

---

<sup>553</sup> Como se disse (v. *supra*, Capítulo III, ponto 3.4.), esta exigência de transferência do risco para o concessionário decorre igualmente do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, que, depois de definir a *concessão de serviços* em moldes semelhantes ao artigo 407.º, n.º 2, do CCP, refere que *a adjudicação de uma concessão de obras ou serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos*.

<sup>554</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II...*, cit., p. 1100.

<sup>555</sup> PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, cit., p. 258.

As modificações do contrato de concessão de serviços públicos que se traduzam na implementação de medidas auxílio ao concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato têm, pois, de manter intacta a significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário. O que se afigura particularmente difícil pois, como se disse, a necessidade de implementação destas medidas surge, precisamente, onde os efeitos da crise não podem subsumir-se no conceito de imprevisão<sup>556</sup>, *caindo* nos riscos contratualmente assumidos pelo concessionário, desde logo, no risco de procura.

Concretamente sobre a modificação do contrato de concessão com vista à sua prorrogação, LINO TORGAL sublinha que, correndo o risco da insuficiência do prazo para recuperar e recompensar o investimento por conta do concessionário, aquela não poderá, naturalmente, *ser apenas justificável por isso interessar (até legitimamente) ao concessionário mas, conforme referido, por tal decisão, em termos de prognóstico, satisfazer melhor o interesse público*<sup>557</sup>.

Além de justificada à luz do interesse público projetado no cumprimento do contrato, num quadro de dificuldades económicas do concessionário, a modificação do contrato em que a aplicação de medidas de auxílio se traduza deverá, pois, respeitar os riscos assumidos pelo concessionário.

Não se trata aqui de assegurar que o concessionário recupera o seu investimento inicial mas, tão só, que este se *mantém de pé* e cumpre o contrato. Nesse sentido, é elucidativo o artigo 416.º do CCP, que, mesmo no caso da remuneração do concessionário diretamente pelo concedente, determina que *o contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário*.

---

<sup>556</sup> Caso em que dispõem de tratamento normativo próprio, como se viu.

<sup>557</sup> LINO TORGAL, “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos” ..., cit., p. 237. No mesmo sentido, cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos” ..., cit., pp. 50 e 51.

Em face do exposto, conclui-se, assim, que as modificações que venham a ser introduzidas no contrato de concessão de serviços públicos e que se traduzam num incremento dos proveitos que o concessionário consegue retirar da concessão – como sucederá na maior parte dos casos de auxílio do concessionário em situação económica difícil – devem respeitar a partilha do risco no contrato, mantendo o risco de procura, tipicamente assumido por esta parte, na sua esfera jurídica.

#### **4.5. A Modificação Possível**

Considerando tudo quanto ficou dito, verifica-se que se os efeitos da crise podem, verificados determinados pressupostos, consubstanciar uma causa de modificação do contrato por alteração das circunstâncias, por *fait du prince* ou até mesmo por caso de força maior, mais dificilmente poderão constituir uma causa de modificação do contrato por razões de interesse público, em especial, quando esta modificação seja perspectivada numa lógica de auxílio ao concessionário em situação económica difícil.

De facto, considerando as dificuldades associadas aos pressupostos e limites da modificação do contrato por razões de interesse público, em especial no que respeita à proteção da concorrência, seria aconselhável que a entidade adjudicante fizesse constar do caderno de encargos do contrato de concessão de serviços públicos a celebrar uma ou mais cláusulas de modificação que possibilitassem às partes, num cenário de crise do concessionário, proceder a alterações ao contrato<sup>558</sup>.

Porém, perante um contrato de concessão de serviços públicos já celebrado e em que não foi prevista nenhuma cláusula de modificação, e onde não se aplique a figura da imprevisão, o concedente, ou ambas as partes, por acordo, terão de recorrer à modificação do contrato por razões de interesse público.

---

<sup>558</sup> Reconhecendo-se, embora, o desafio associado à previsão de uma cláusula de modificação que seja suficientemente clara, precisa e inequívoca mas, também, flexível, permitindo responder à necessidade de auxílio do concessionário em crise.

Neste quadro, poder-se-á equacionar, no caso das concessões de serviço público com utentes *uti singuli*, o aumento das tarifas a cobrar a estes utentes. Medida que, podendo revelar-se eficaz do ponto de vista do auxílio ao concessionário, que assim consegue tirar mais proveitos da exploração do serviço, tem limites associados ao facto de estar em causa um serviço público<sup>559</sup>.

Na mesma linha, uma medida a equacionar passa pelo aumento da prestação económico-financeira a atribuir pelo concedente ao concessionário, medida que, além de contribuir para a melhoria da situação do concessionário, tem a virtualidade de não afastar os utentes da utilização do serviço através do aumento da tarifa. Reconhece-se, porém, que, do ponto de vista da proteção da concorrência, esta medida é muito polémica, sendo particularmente difícil neste caso demonstrar que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos a tivesse contemplado, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP. Por outro lado, esta medida implica um aumento dos custos do concedente que, num quadro de fortes restrições orçamentais, desde logo *fecha a porta* à sua aplicação.

Outra a medida a equacionar passa pela prorrogação do prazo da concessão, medida que acaba por *dar ao concessionário “em tempo” o valor do sacrifício patrimonial que, de outro modo, teria de ser imposto ao contribuinte ou ao utente*<sup>560</sup> e que, nalguns casos, pode servir o objetivo de auxílio ao concessionário e de proteção do contrato.

A par das medidas *supra* enunciadas, outras tantas poderão, no caso, relevar-se mais adequadas. Naturalmente, em cada caso haverá que ponderar a adequação de

---

<sup>559</sup> Como refere, sobre este tema, LINO TORRAL, “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos” ..., cit., p. 254, *não se ignorando que os preços devidos pela utilização de obras e serviços públicos devem ser, por regra, preços económicos e não preços políticos, há muito que se tem afirmado, também, o princípio fundamental da acessibilidade ou “modicidade” das tarifas a cobrar aos utentes, o que pode concretamente desfavorecer a utilização desta via (...). Noutros casos, o aumento das tarifas pode colocar em crise a competitividade do serviço prestado (por desvio do mercado para infraestruturas onde se presta, em termos mais acessíveis, um serviço concorrente) e, a jusante, o nível de desenvolvimento económico-social de determinada área geográfica (v.g., ao aumento das tarifas do serviço de movimentação de cargas num dado porto, o mercado pode replicar com a procura de ofertas alternativas mais módicas).*

<sup>560</sup> *Idem*, cit., pp. 254 e 255.



cada medida ao fim a que se destina e verificar se a mesma respeita os pressupostos e limites do poder de modificação por razões de interesse público.

Por fim, cabe uma nota a uma possível medida de auxílio ao concessionário e proteção do contrato que, não decorrendo do exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público, tem que ver com o exercício (ou não exercício) de outro poder do concedente, que é o poder de aplicação de sanções<sup>561</sup>. É o caso das denominadas *modificações por inação*, que alguma doutrina tem associado à adoção de medidas de atenuação das sanções contratuais a aplicar em caso de incumprimento do contraente privado<sup>562</sup>.

Nos termos do disposto no artigo 302.º, alínea d), do CCP, sobre os poderes de conformação da relação contratual ao dispor do contraente público, este pode *aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato*. Dispondo, por seu turno, o artigo 329.º, n.º 1, do CCP, que, *nos termos previstos no presente Código, o contraente público pode, a título sancionatório, resolver o contrato e aplicar as sanções previstas no contrato ou na lei em caso de incumprimento pelo co-contratante*.

Na linha dos demais poderes de conformação da relação contratual, também o poder de aplicação de sanções tem como fundamento o interesse no cumprimento do contrato<sup>563</sup>. Como refere, porém, PEDRO MATIAS PEREIRA, *o objetivo público que consiste em obter as prestações contratuais do contraente privado pode, sobretudo em alturas de crise, passar não por uma coerção ao cumprimento mas pela adoção de soluções de pendor oposto – de redução ou de não aplicação de uma*

---

<sup>561</sup> Recorrendo aqui à noção avançada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, “O Poder Sancionatório da Administração Pública”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2008, cit., p. 216, pode definir-se o poder sancionatório da Administração como *o poder público de autoridade, conferido por lei a uma pessoa coletiva pública, com vista à aplicação de sanções não penais a outros sujeitos de direito, públicos ou privados, através da prática de um ato administrativo*.

<sup>562</sup> Neste sentido, cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”, cit., p. 96; PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”..., cit., p. 43; STEEN TREUMER, “Regulation of Contract Changes Leading to a Duty to Retender the Contract: The European Commission’s Proposals of December 2011”..., cit., p. 161.

<sup>563</sup> PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”..., cit., pp. 90 e 91.

*sanção contratual – constituindo isso, então, um “remédio” para ajudar o contraente privado e salvar o contrato público*<sup>564</sup>.

De facto, considerando os valores que as sanções contratuais podem atingir<sup>565</sup>, compreende-se que, nalguns casos, a sua aplicação a um concessionário em situação económica difícil poderá ser decisiva para a degradação dessa situação. Compreendendo-se igualmente que, nesses casos, a contenção e a prudência na reação ao incumprimento através da aplicação de sanções contratuais poderá ser uma estratégia adequada.

Apesar de não estar aqui em causa o exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público – o que exclui a aplicação dos pressupostos e limites do exercício deste poder de conformação da relação contratual, previstos nos artigos 311.º a 315.º do CCP –, a aplicação desta medida não deixa, no entanto, de estar sujeita aos princípios gerais que orientam a atividade contratual da Administração, como o princípio da prossecução do interesse público, o princípio da proporcionalidade e o princípio da concorrência, *supra* referenciados. Em especial no que respeita a este último, caberá não esquecer que a atenuação ou não aplicação de sanções contratuais implica um desvio àquele que é o caminho contratual e/ou legalmente previsto para o incumprimento por parte do concessionário, consubstanciando, para todos os efeitos, uma *modificação do contrato por inação*.

Assim, à semelhança dos demais casos de modificação do contrato de concessão de serviços públicos que não decorra de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, também esta

---

<sup>564</sup> *Idem*, cit., p. 91, concluindo: *Quer isto dizer que a aplicação de uma sanção contratual que, abstratamente, serve o interesse público no cumprimento do contrato pode, mercê de circunstâncias supervenientes à celebração do contrato (no caso das sanções previstas contratualmente) ou de circunstâncias não previstas na lei geral habilitante da sua aplicação – como é o caso do CCP –, tornar-se contraproducente à obtenção desse cumprimento. Por isso, o que, na sua génese – contratual ou legal – serviria perfeitamente um intuito coercitivo pode tornar-se, em concreto, contrário à prossecução do interesse público implicado no contrato.*

<sup>565</sup> Nos termos do disposto no artigo 329.º, n.º 2, do CCP, quando as sanções a que se refere o número anterior revistam natureza pecuniária, o respetivo valor acumulado não pode exceder 20% do preço contratual. Sendo que, de acordo com o n.º 3 deste artigo, este limite pode chegar aos 30%, quando seja atingido o limite previsto no número anterior e o contraente público decida não proceder à resolução do contrato, por dela resultar grave dano para o interesse público.

*modificação por inação* está sujeita ao teste do princípio da concorrência por, também neste caso, poder equacionar-se um favorecimento do concessionário em termos prejudiciais a este princípio<sup>566</sup>.

---

<sup>566</sup> Neste sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise” ..., cit., pp. 43 e 44, assinalando que, *na medida em que a adoção de medidas e providências de auxílio corresponda a alterações ao conteúdo do contrato (v.g., quanto (...) às modificações por inação), impõe-se a convocação da dogmática dos limites à modificação dos contratos, tendo sobretudo em consideração limites e exigências ditados para proteger a concorrência (scope of competition). Trata-se, por essa via, de evitar a frustração ou mesmo a desconsideração do sentido da regulação do procedimento de adjudicação de contratos públicos, e obrigar as partes a afastarem a tentação de se prevalecerem da posição que ocupam para distribuírem benefícios que deveriam ser alocados por um procedimento de concorrência para o mercado, aberto a todos os potenciais interessados.* Ainda no mesmo sentido, cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA, “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções” ..., cit., pp. 96 a 98, sendo, embora, perentório ao rejeitar estas *modificações por inação* como modificações substanciais do contrato, para efeitos do disposto no artigo 313.º do CCP.

## Capítulo VII – Conclusões

Em face do exposto, alcançam-se as seguintes conclusões:

1. Do excursus pela evolução do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Europeu retira-se um gradual aumento da atenção dada pelo Direito Europeu dos Contratos Públicos a este contrato, assim se rompendo com a tradicional *indiferença comunitária* que o rodeava, não obstante o seu relevo no Direito Nacional.
2. Esta tendência de inclusão do contrato de concessão de serviços públicos no âmbito do Direito Europeu dos Contratos Públicos, iniciada já à entrada do século XXI, com a multiplicação de instrumentos de *soft law*, viria a culminar na aprovação da Diretiva 2014/23/UE, *relativa à adjudicação de contratos de concessão*, que introduziu no Direito derivado um conjunto de disposições em matéria de formação e execução dos contratos de concessão de obras e serviços públicos, além de uma definição mais precisa da noção de concessão, com referência ao conceito operativo de risco.
3. No estágio atual da evolução do Direito Europeu dos Contratos Públicos, a Diretiva 2014/23/UE representa um salto qualitativo, não só do ponto de vista do quadro jurídico aplicável ao contrato de concessão de serviços públicos – que, até à data, tinha sido unicamente objeto de instrumentos de *soft law* e de alguma jurisprudência do TJUE – mas, também, do ponto de vista do quadro jurídico aplicável à execução de contratos.
4. Juntamente com a Diretiva 2014/24/UE, *relativa aos contratos públicos*, e com a Diretiva 2014/25/UE, *relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*, a presente Diretiva introduz, pela primeira vez no Direito Europeu dos Contratos Públicos, disposições de Direito derivado em matéria de execução de contratos, positivando vários dos contributos, quer dos instrumentos de *soft law*, quer da jurisprudência do TJUE, nesta matéria.

5. Apesar de ainda não ter sido transposto para a ordem jurídica portuguesa, o regime constante da Diretiva 2014/23/EU, em matéria de formação e execução do contrato de concessão de serviços públicos, não deverá deixar de ser equacionado – não só porque irá condicionar a transposição, mas também porque, findo o prazo de transposição sem que esta tenha sido feita, poderá, à partida, ser diretamente invocado, por força do princípio do efeito direto do Direito Europeu reconhecido pela jurisprudência do TJUE.
6. Por sua vez, do excursus pela evolução do contrato de concessão de serviços públicos no Direito Nacional, fica a ideia de uma metamorfose deste contrato ao longo dos tempos, em especial no que respeita ao papel da assunção do risco pelo concessionário enquanto elemento essencial da sua fisionomia. Metamorfose que, de resto, acompanha a evolução do próprio modelo de Estado – com conceções bem diferentes ao nível do papel dos particulares na prossecução das tarefas públicas, as quais são determinantes para a compreensão do papel da concessão em cada momento – e que, na viragem do século, culminou numa *redescoberta* do contrato de concessão.
7. Do ponto de vista legislativo, esta *redescoberta* teve o amparo do Código do Procedimento Administrativo de 1991 e, depois, do Código dos Contratos Públicos de 2008, com importantes contributos ao nível do regime da formação e da execução do contrato de concessão de serviços públicos, muito além das exigências do Direito Europeu dos Contratos Públicos contemporâneo.
8. Partindo da noção legal de contrato de concessão de serviços públicos constante do artigo 407.º, n.º 2, do CCP e do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, é possível apresentar esta figura como uma aplicação da técnica concessória – como forma de atribuição do direito de exercício de uma atividade pública – e como um contrato administrativo – como instrumento voluntário de criação de direitos e de deveres para as partes, a que acrescem poderes e sujeições.

- 9.** Enquanto contrato administrativo, o contrato de concessão de serviços públicos implica, assim, a criação de uma teia complexa de direitos e deveres e poderes e sujeições, orientada essencialmente por dois vetores: por um lado, o interesse público subjacente à gestão de um serviço público, justificativo dos poderes de conformação da relação contratual atribuídos ao concedente e, por outro lado, a necessária autonomia da gestão desse serviço, pressuposto da responsabilidade do concessionário pelos resultados dessa gestão.
- 10.** Partindo ainda da noção legal de contrato de concessão de serviços públicos, é possível delimitar esta figura por referência a quatro elementos essenciais, a saber, *(i)* pelos sujeitos (concedente e concessionário), *(ii)* pelo objeto (gestão de um serviço público), *(iii)* pela forma de remuneração do concessionário (através de taxas pagas pelos utentes do serviço público objeto da concessão, de prestações económico-financeiras pagas pelo concedente, ou de ambas) e *(iv)* pela transferência do risco para o concessionário (que deve ser significativa e efetiva).
- 11.** À luz dos artigos 407.º, n.º 2, 410.º, n.º 1, 413.º e 416.º do CCP, bem como do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE, o contrato de concessão de serviços públicos pressupõe uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário.
- 12.** Porém, essa transferência não tem de ser global. Não se exige uma alocação de todo o risco, mas tão-só de parte significativa, aceitando-se diferentes graus de partilha do risco, em função de capacidade de gestão de riscos de cada uma das partes.
- 13.** Para uma adequada compreensão desta partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos, é indispensável que se apure, primeiro, um conceito jurídico operativo de risco.

- 14.** Neste quadro, o risco pode ser definido como um evento incerto, mas previsível, de efeitos positivos ou negativos, não se confundindo, nem com eventos prováveis, nem com eventos imprevisíveis.
- 15.** Esboçando uma gradação, mais próximo do cognoscível encontra-se o perigo, evento incerto mas de verificação provável ou muito provável. Ultrapassada a fronteira da probabilidade encontra-se o risco, evento incerto e de verificação improvável, mas ainda assim previsível. Finalmente, ultrapassada a fronteira da previsibilidade em que se insere o risco encontra-se a imprevisão, o incognoscível, o insuscetível de representação pelas partes, materializado nos institutos da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* ou do caso de força maior.
- 16.** Existem, no entanto, zonas de indefinição, o que leva que, nalguns casos, a recondução de determinado facto jurídico a uma destas figuras possa ser particularmente difícil.
- 17.** Considerando o pressuposto de significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, os riscos comumente assumidos por esta parte do contrato incluem o risco de procura, o risco de disponibilidade, o risco financeiro ou de crédito e, quando o contrato implique a construção de uma obra necessária ao funcionamento do serviço público, também o risco de projeto e de construção e o risco de expropriação. Conjunto de eventos incertos, mas previsíveis, e de efeitos positivos ou negativos, que o concessionário está, à partida, mais apto a gerir.
- 18.** Cada contrato de concessão de serviços públicos terá a sua própria matriz de risco, sendo possível descortinar contratos mais ou menos comutativos, ou mais ou menos parciários. Em todo o caso, haverá que ter em conta que *o risco acaba onde começa a imprevisão*, devendo o conjunto de eventos imputáveis à esfera jurídica do concessionário circunscrever-se àqueles que, por serem incertos mas de algum modo previsíveis, integram o conceito de risco.

- 19.** Neste quadro, é questionável a validade das cláusulas contratuais que disponham a respeito da alteração das circunstâncias ou do *fait du prince*. Os contratos de concessão de serviços públicos podem conter, no seu clausulado, disposições em matéria de adaptação do contrato em caso de alteração das circunstâncias ou de alterações legislativas subsumíveis na figura do *fait du prince*, como podem conter disposições em matéria de distribuição do risco, fazendo repercutir as consequências de determinados eventos na esfera do concessionário. O que as referidas cláusulas não podem é desvirtuar o regime da alteração das circunstâncias, fazendo incidir sobre o concessionário as consequências de eventos verdadeiramente imprevisíveis, sob pena de violação dos princípios da justiça e da boa fé, além do princípio da legalidade.
- 20.** Considerando o esquema de partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos, coloca-se a questão de saber se os efeitos de uma crise se inserem no âmbito do risco contratualmente assumido, designadamente, pelo concessionário, ou se, pelo contrário, se inserem no âmbito da imprevisão, dando lugar à aplicação de regimes como os da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* ou mesmo do caso de força maior.
- 21.** Sem prejuízo de se reconhecer que a crise que vivemos apresenta uma complexa caracterização e um perfil evolutivo ao longo do tempo, tem sido relativamente pacífica a identificação do seu eclodir em 2008 (com o agudizar da crise dos *subprimes* e com a falência do banco de investimento norte-americano Lehman Brothers Holdings Inc., em setembro desse ano) e da sua propagação, em especial na Europa, nos anos subsequentes.
- 22.** Entre os vários impactos que a crise pode ter sobre o contrato de concessão de serviços públicos, os mais significativos serão, porventura, os que se prendem com a recessão e com as dificuldades que esta suscita, quer para o concessionário, quer para a própria Administração concedente.



- 23.**Em especial, a crise pode ser responsável pela degradação da situação económica do concessionário e da sua capacidade de cumprir pontualmente o contrato, cuja execução fica em risco.
- 24.**Admite-se que alguns dos efeitos da crise podem extravasar o conceito de risco, designadamente, quando ultrapassem a barreira da previsibilidade. Nestes casos, não estarão em causa verdadeiros riscos, suscetíveis de transferência para o concessionário ao abrigo do esquema de partilha do risco do contrato, mas antes circunstâncias imprevistas, que, como tal, poderão dar lugar à aplicação dos institutos da alteração das circunstâncias, do *fait du prince* e do caso de força maior, verificados que estejam os respetivos pressupostos.
- 25.**Os pressupostos da alteração das circunstâncias evidenciam a supletividade deste regime face ao regime legal e contratual do risco. Assim, no caso do contrato de concessão de serviços públicos, há que ter em conta a regra da significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário e, ao seu abrigo, os concretos riscos assumidos por cada uma das partes, em particular o risco de procura e o risco financeiro ou de crédito comumente assumidos pelo concessionário.
- 26.**Perspetivando a crise como uma alteração profunda, inopinada e imprevisível das circunstâncias, além de qualquer risco razoável e de algum modo previsível na conjuntura económica e financeira vigente à data da celebração do contrato, admite-se – na linha de alguma doutrina e jurisprudência *jus-privatistas*, a propósito do artigo 437.º n.º 1, do CC – que algumas consequências da crise possam ultrapassar os riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos.
- 27.**Todavia, não se poderá confundir um mau estudo económico, uma errada projeção, com uma circunstância verdadeiramente imprevisível. Estando em causa um contrato de concessão de serviços públicos celebrado depois de 2008, no epicentro da crise económica e financeira mundial, é seguro admitir

que os respetivos impactos eram já do conhecimento do futuro concessionário, que, querendo, podia ter baseado a respetiva proposta em dados verosímeis.

**28.** Acresce que, muito embora a atual crise económica e financeira possa ser causa de desequilíbrios num contrato de concessão de serviços públicos suscetíveis de fundar a aplicação do regime da alteração das circunstâncias, a verdade é que, em tempos de crise, nem todos os incumprimentos são devidos a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

**29.** Num cenário de crise, um contrato de concessão de serviços públicos só poderá ser modificado por aplicação do disposto no artigo 312.º, alínea a), do CCP, com esse mesmo fundamento, quando, no caso concreto, se possa subsumir uma qualquer consequência da crise sobre o contrato numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, e desde que o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas pelas partes afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Pressupostos cuja verificação, se se admite, eventualmente, no quadro de um contrato de concessão de serviços públicos celebrado em momento anterior ao eclodir da crise, muito dificilmente se equaciona no quadro de um contrato celebrado em momento posterior, já no epicentro da crise.

**30.** O *fait du prince* apresenta-se como uma atuação extracontratual de caráter normativo, proveniente do contraente público ou de uma qualquer outra entidade pública, que afeta os termos da execução do contrato, embora não o tenha por objeto.

**31.** Quando o *fait du prince* decorra de ato praticado pelo contraente público, no exercício de poderes extracontratuais, não poderá, naturalmente, falar-se em imprevisão, sendo as respetivas consequências equiparadas, inclusive, às da modificação do contrato por razões de interesse público, nos termos do artigo 314.º, n.º 1, alínea a), do CCP. No entanto, já quando esteja em causa uma

perturbação do contrato decorrente de um ato praticado por uma entidade pública estranha ao contrato, no exercício de uma qualquer função do Estado, a subsunção do *fait du prince* à imprevisão fará sentido.

**32.** Por estar em causa um verdadeiro facto imprevisto para as partes do contrato, as consequências de um ato normativo emanado de uma entidade pública estranha ao contrato deverão, assim, ser reconduzidas ao regime da alteração das circunstâncias, conferindo ao concessionário, entre outros, o direito à modificação do contrato.

**33.** Apesar de a crise poder estar na base de variadas alterações legislativas e regulamentares suscetíveis de perturbar a execução de um contrato de concessão de serviços públicos, nem todas configurarão um *fait du prince*, legitimando a modificação do contrato. É necessário que o referido ato normativo perturbe, efetivamente, a execução do contrato, impondo a sua conformação.

**34.** O caso de força maior apresenta-se como a ocorrência de um evento imprevisível e estranho à vontade das partes que impossibilita absolutamente o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas, podendo esta impossibilidade ser temporária ou definitiva, parcial ou total.

**35.** Perante um caso de força maior que se traduza numa impossibilidade parcial definitiva de cumprimento das obrigações contratualmente assumidas, o contrato de concessão de serviços públicos poderá ser objeto de uma redução ou resolução parcial no que se refere às prestações cujo cumprimento ficou impossibilitado em virtude dessa ocorrência, nos termos do disposto do artigo 793.º do CC *ex vi* do artigo 280.º, n.º 3, do CCP, o que se traduz numa modificação objetiva do contrato.

**36.** Não vislumbra que a crise económica e financeira iniciada em 2008 possa configurar, por si só, um caso de força maior, impossibilitando a execução das obrigações assumidas pelas partes num contrato de concessão de serviços

públicos, ou em qualquer outro contrato. Alguns dos efeitos da crise têm tornado o cumprimento dessas obrigações mais onerosa, mas não ao ponto de o impossibilitar.

**37.**Sem prejuízo, é possível identificar como casos de força maior eventos que, não sendo uma consequência direta da crise, não deixam de estar relacionados com ela, sendo porventura mais frequentes num contexto de crise, como é o caso das greves e das manifestações que forcem a paralisação de serviços.

**38.**Na ausência de um regime consolidado do caso de força maior no CCP, as consequências deste tipo de eventos no contrato de concessão de serviços públicos e as concretas medidas a adotar pela parte afetada dependerão, em grande parte, da concreta disciplina contida em cada contrato para a superveniência de um caso de força maior, sendo a previsão deste tipo de cláusulas muito frequente na prática contratual.

**39.**Mas mesmo quando, no caso concreto, se conclua que os efeitos da crise se enquadram no âmbito dos riscos próprios do contrato de concessão de serviços públicos, a suportar pelo concessionário, o concedente não tem de ficar *de braços cruzados*, aguardando pela degradação da situação económica do concessionário e pelo incumprimento do contrato. Pelo contrário, faz sentido que o concedente possa adotar medidas e providências com vista a evitar, ou pelo menos atenuar, o eventual efeito de degradação da situação económica do concessionário atingido por circunstâncias associadas à crise, procurando garantir o pontual cumprimento do contrato.

**40.**Quando a aplicação de medidas de auxílio ao concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato se materialize no exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público, além dos limites que decorrem da aplicação dos princípios que regem toda a atividade administrativa, haverá que contar, ainda, com os pressupostos e limites contantes dos artigos 311.º a 315.º do CCP.

- 41.**De acordo com o disposto nos artigos 311.º a 315.º do CCP, seja por via do exercício do poder de modificação unilateral, seja por via negocial, a modificação do contrato por razões de interesse público está limitada, não só pelo interesse público, que é seu pressuposto e limite, mas também pelo respeito do núcleo essencial do contrato e do princípio da concorrência. Ao que acresce, no quadro do Direito Europeu dos Contratos Públicos, um conjunto de limitações ligadas à tutela da concorrência, vertidas no artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE.
- 42.**Equacionando o exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público numa lógica de auxílio do concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato, são várias as dificuldades que se colocam.
- 43.**Desde logo, colocam-se dificuldades ao nível do pressuposto e limite da modificação do contrato por razões de interesse público, que, passe a redundância, é o interesse público. Num quadro de crise, não basta a intenção de auxiliar o concessionário em situação económica difícil, sendo necessário que esse auxílio encontre, também, correspondência no interesse público subjacente ao contrato, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 312.º, alínea b), do CCP.
- 44.**Na medida em que as medidas de auxílio ao concessionário sejam, também, medidas de proteção da relação contratual, a modificação do contrato de concessão de serviços públicos tendente à implementação dessas medidas deverá ser admitida do ponto de vista da verificação do pressuposto e limite do interesse público.
- 45.**O segundo grupo de dificuldades que cumpre destacar coloca-se ao nível do limite da proteção da concorrência previsto nos artigos 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP e 43.º da Diretiva 2014/23/UE. Tal como consagrado no atual quadro normativo, este limite é particularmente desfavorável à aplicação de medidas

de auxílio ao concessionário em situação económica difícil e proteção do contrato.

**46.**O regime atualmente contido no artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP chega a ser mais restritivo que o exigido pelo artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE. Ao passo que o artigo 313.º, n.ºs 1 e 2, do CCP não admite as modificações que, se tivessem figurado nas peças do procedimento, teriam implicado uma reordenação das propostas, o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE, pelo contrário, admite-as, sujeitando-as a um conjunto de condições aí previstas, numa lógica de harmonização dos interesses em presença.

**47.**O princípio da concorrência não é, todavia, absoluto, impondo-se a sua articulação com os demais princípios que regem a atividade contratual da Administração, desde logo, com o princípio da prossecução do interesse público.

**48.**Neste quadro, o limite do respeito pela concorrência contido no n.º 2 do artigo 313.º do CCP deverá ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se coartar por completo qualquer possibilidade de aplicação de medidas de auxílio ao concessionário e proteção do contrato, com prejuízo para o interesse público que lhe está subjacente, devendo apenas rejeitar-se as modificações que, traduzindo uma verdadeira intenção das partes em renegociar os termos essenciais do contrato, sejam prejudiciais para a concorrência. O que à partida não será o caso, já que está em causa a implementação de medidas objetivamente favoráveis ao concessionário, qualquer que este fosse, com vista a evitar a rotura da relação contratual e os efeitos prejudiciais daí advenientes, inclusivamente, para o interesse público.

**49.**O terceiro grupo de dificuldades que se coloca prende-se com o esquema de partilha do risco no contrato de concessão de serviços públicos. A modificação do contrato por razões de interesse público não pode desfigurar a respetiva matriz de risco, sob pena de violação do limite do núcleo essencial do contrato previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo 313.º do CCP, o que suscita

particulares dificuldades, já que a necessidade de implementação destas medidas surge, precisamente, onde os efeitos da crise não podem subsumir-se no conceito de imprevisão, *caindo* nos riscos contratualmente assumidos pelo concessionário, como o risco de procura.

**50.**As modificações que venham a ser introduzidas no contrato de concessão de serviços públicos e que se traduzam num incremento dos proveitos que o concessionário consegue retirar da concessão – como sucederá na maior parte dos casos de aplicação deste tipo de medidas – devem respeitar a partilha do risco no contrato, mantendo o risco de procura, tipicamente assumido por esta parte, na sua esfera jurídica. Não se trata aqui de assegurar que o concessionário recupera o seu investimento inicial mas, tão só, que este se *mantém de pé* e cumpre o contrato.

**51.**Assim, se os efeitos da crise podem, verificados determinados pressupostos, consubstanciar uma causa de modificação do contrato por alteração das circunstâncias, por *fait du prince* ou até por caso de força maior, mais dificilmente poderão constituir uma causa de modificação do contrato por razões de interesse público, em especial, quando esta modificação seja perspectivada numa lógica de auxílio ao concessionário em situação económica difícil.

**52.**Reconhecendo, embora, o desafio associado à previsão de uma *boa* cláusula de modificação (suficientemente clara, precisa e inequívoca, mas também flexível), seria aconselhável que a entidade adjudicante fizesse constar do caderno de encargos do contrato de concessão de serviços públicos a celebrar uma ou mais cláusulas de modificação que permitissem às partes, num cenário de crise do concessionário, proceder a alterações ao contrato.

**53.**Porém, perante um contrato de concessão de serviços públicos já celebrado e em que não foi prevista nenhuma cláusula de modificação, e onde os regimes associados à imprevisão não tenham aplicação, o concedente, ou ambas as partes por acordo, terão de recorrer à modificação do contrato por razões de

interesse público, sendo equacionáveis, entre outras, a prorrogação do prazo da concessão ou o aumento das tarifas a cobrar aos utentes.

**54.**A par destas medidas associadas ao exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público, o concedente poderá lançar mão de uma outra medida de auxílio do concessionário e proteção do contrato, associada ao exercício (ou não exercício) do poder de aplicação de sanções. É o caso das denominadas *modificações por inação*, traduzidas na adoção de medidas de atenuação das sanções contratuais a aplicar em caso de incumprimento do concessionário em situação económica difícil.

**55.**Apesar de não estar aqui em causa o exercício do poder de modificação do contrato por razões de interesse público, a aplicação desta medida não deixa, no entanto, de estar sujeita aos princípios gerais que orientam a atividade contratual da Administração. Assim, e em particular, também esta *modificação por inação* estará sujeita ao teste do princípio da concorrência por, também neste caso, ser possível equacionar um favorecimento do concessionário em termos prejudiciais a este princípio.

**56.**Além das medidas *supra* enunciadas, outras tantas poderão, no caso, revelar-se mais adequadas. Naturalmente, em cada caso haverá que ponderar a adequação de cada medida ao fim a que se destina e verificar se a mesma respeita os pressupostos e limites legalmente exigidos.



## Bibliografia

ÁLAMO, Joan Amenós; MORENO, Juan Emilio Nieto

- “La Languideciente Vida Del Principio de Equilibrio Económico Frente A Riesgos Imprevisibles En La Contratación Pública”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 156, Madrid, Civitas, 2012.

ALMEIDA, Mário Aroso de

- “Contratos Administrativos e Regime da Sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

AMARAL, Diogo Freitas do

- “O Poder Sancionatório da Administração Pública”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2008.

- *Curso de Direito Administrativo – Vol. II*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2011.

AMORIM, João Pacheco de

- “O Princípio da Temporalidade dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública IV*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

ANDRADE, J. C. Vieira de

- “A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública II*, Número Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

ANDREU, Albert Recio

- “Esta crisis como problema sistémico”, in *Vínculos de Historia*, num. 2, 2013, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4286707.pdf>, 2015.

APOLINÁRIO, Marisa

- *O Estado Regulador: O Novo Papel do Estado. Análise da Perspectiva da Evolução Recente do Direito Administrativo. O Exemplo do Sector da Energia*, Coimbra, Almedina, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira

- "Onerosidade Excessiva Por "Alteração das Circunstâncias", in *Separata Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007.

AURELIANO, Nuno

- *O Risco nos Contratos de Alienação – Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009.

AZEVEDO, Maria Eduarda

- "A "Soft Law" e a Atribuição de Novas Competências à Comunidade Europeia: O Caso das Parcerias Público-Privadas", in *Revista de Estudos Europeus*, Ano III, Nº 5, Coimbra, Almedina, 2009.

- *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Coimbra, Almedina, 2009.

BRITO, Miguel Nogueira de

- *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*, 2011, <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>, 2016.

CAETANO, Marcello

- *Manual de Direito Administrativo, Tomo I*, 10ª Ed., Coimbra, Almedina, 1984.

- *Manual de Direito Administrativo, Tomo II*, 10ª Ed., Coimbra, Almedina, 2010.

CASTRO, Ricardo Pazos

- "La Posible Exoneración Del Deudor De Sus Obligaciones Contractuales Como Consecuencia De La Crisis Económica. Comentario A Las SSTs De 17 Y 18 De Enero De 2013", in *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 23, N.º 1, 2013. Disponível em: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1232/1167>, 2015.

COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães

- *Concessões de Serviços Públicos. Sua Natureza Jurídica*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1914.

CORDEIRO, António Menezes

- “Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, Coimbra, Almedina, 2007.

- “Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV (2012), 3, Coimbra, Almedina, 2012.

CORREIA, Sérvulo

- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987.

CORREIA, Sérvulo; TORGAL, Lino; SÁNCHEZ, Pedro Fernández

- “Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública III*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

DALMAU, Carme Brieria

- “Los Contratos de Colaboración Entre los Sectores Público y Privado en la Ley de Contratos del Sector Público: Fórmulas de Colaboración y Régimen de Distribución del Riesgo en Dichos Contratos”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 149, Madrid, Civitas, 2011.

DUARTE, Tiago

- “Os Eléctricos de Marselha Não Chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os Limites à Modificação dos Contratos”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 3, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2011.

ESTORNINHO, Maria João

- *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

- *A Fuga Para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1996.
- *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Coimbra, Almedina, 2006.
- *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por Uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra, Almedina, 2012.

FRADA, Manuel A. Carneiro da

- “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

GOMES, Carla Amado

- “Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente”, 2007, [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/cg\\_MA\\_17157.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_MA_17157.pdf), 2013.
- “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública I*, Número Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, Pedro

- *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999.
- “Acórdão Presetext: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 73, Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2009.
- “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”, in *Estudos de Contratação Pública III*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015.

GONÇALVES, Pedro; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de

- *As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

GOUVEIA, Rodrigo

- *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

GUEDES, Armando Marques

- *A Concessão – Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1954.

GUEDES, Joana

- “Parcerias Público-Privadas e a Distribuição do Risco”, 2011, <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8667/1/PARCERIAS%20P%C3%9ABLICO%20PRIVADAS%20E%20A%20DISTRIBUI%C3%87%C3%83O%20DO%20RISCO.pdf>, 2012.

HARTLEV, Kristian; LILJENBØL, Morten Wahl

- “Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need For a New Tender”, in *Public Procurement Law Review*, Issue 2 2013, Londres, Sweet & Maxwell, 2013.

HESPANHA, António Manuel

- “A Revolução Neoliberal e a Subversão do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica”, in *A Crise e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.

IÑIGUEZ, José Viñals

- “La Respuesta de Europa a la Crisis Financiera”, in *Revista ICE: Información Comercial Española*, N.º 874, 2013, [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_874\\_1528\\_1DBE902210EFF6B271EC1C9A8CD1DED7.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_874_1528_1DBE902210EFF6B271EC1C9A8CD1DED7.pdf), 2015.

KIRKBY, Mark

- “Public Contracts at the Epicenter of the Crisis: Pondering the Variable Intensity of the Competition Principle”, in *European Review of Public Law*, Vol. 25, N.º 1, 2013, [http://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Artigos\\_/Artigos\\_2013/MA](http://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Artigos_/Artigos_2013/MA)

K\_European\_Review\_of\_Public\_Law\_Public\_contracts\_at\_the\_epicenter\_of\_the\_crisis\_07\_10\_2013.PDF, 2016.

KNIGHT, Frank H.

- *Risk Uncertainty and Profit*, Chicago, University of Chicago Press, 1971.

LEITÃO, Alexandra

- “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, 2012, [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf), 2013.

LEÓN, José María Baño

- “Del Ius Variandi a la Libre Concurrencia: La Prohibición de Modificación Como Regla General en los Contratos Públicos”, in *Anuario del Gobierno Local 2012*, [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1433/04\\_BA\\_NO\\_p141\\_151\\_Anuario\\_2012.pdf?sequence=1](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1433/04_BA_NO_p141_151_Anuario_2012.pdf?sequence=1), 2016.

LOUREIRO, Joana de Sousa

- “A Modificação do Contrato Administrativo à Luz do Princípio da Concorrência: Uma Análise Sob a Perspetiva do Direito da UE”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2011.

MAÇÃS, Fernanda

- “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública I*, Número Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, Ana Maria Guerra

- “A Emergência de um Novo Direito Comunitário da Concorrência – As Concessões de Serviços Públicos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLII, Nº 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

MAS, Joaquín Tornos

- “Contratación administrativa en época de crisis. La visión del contratista”, in *Anuario del Gobierno Local* 2011, 2011, [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1250/10\\_Tornos\\_Contratacion\\_99\\_116.pdf?sequence=1](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1250/10_Tornos_Contratacion_99_116.pdf?sequence=1), 2015.

MELO, Pedro

- *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2011.

- “O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas”, in *Estudos de Direito Público*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

- “Contratos de Concessão de Obras Públicas e Força Maior”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 6, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2012.

- “Concessão de Obras e Serviços Públicos – Em Especial, a Alocação do Respetivo Risco Contratual”, in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MELO, Pedro; CAMPOS, Diogo Duarte de

- “As Concessões no Sector Portuário – Algumas Reflexões”, in *O Direito*, Ano 143.º (2011) II, Coimbra, Almedina, 2011.

MENDES, Armindo Ribeiro

- *A Crise e os Seus Efeitos Previsíveis no Direito*, 2011, <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-drarmindoribeiriomendes.pdf>, 2015.

MIRANDA, Jorge

- *Manual de Direito Constitucional, Tomo I, Preliminares O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 7ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

- *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

OLIVEIRA, Mário Esteves

- *Direito Administrativo, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 1980.

OTERO, Paulo

- *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- “A Crise: Um Novo Direito Administrativo”, in *A Crise e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.

PARDAL, Paulo Alves

- “A Contratação Pública Sob os Ventos da Austeridade Orçamental”, in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

PASTOR, Jesús Ángel Fuentetaja

- “Riesgo y Ventura en la Concesión de Obra Pública”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N.º 7 – 2.º Semestre 2004, 2004, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19682&dsID=Obra.pdf>, 2016.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias

- *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- “Gestão do Contrato Administrativo: A Aplicação de Sanções”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 10, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2014.

PÉREZ, Francisca Villalba

- “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, N.º 2, 2014, <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=10195&path%5B%5D=10673>, 2015.

PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra



- *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos – Reflexão Sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em Caso de Extinção do Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2012.

POULSEN, Sune Troels

- "The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure Under EU Law", in *Public Procurement Law Review*, Issue 5 2012, Londres, Sweet & Maxwell, 2012.

REGUEIRA, Alberto

- *Intervenção no Colóquio sobre "A Crise Económica e Civilizacional e os Impactos Futuros e Previsíveis no Mundo do Direito"*, 2011, <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-dralbertoregueira.pdf>, 2015.

RODRIGUES, Pedro Nuno

- *A modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012.

RODRÍGUEZ, Gonzalo Parente

- "Teoría de la crisis", in *I Jornadas sobre gestión de crisis: Más allá de la sociedad del riesgo : Facultad de Sociología de la Universidad de A Coruña 9 y 10 de noviembre de 2005*, 2006, [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/12754/1/CC-84\\_art\\_10.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/12754/1/CC-84_art_10.pdf), 2015.

SILVA, Jorge Andrade da

- *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2009.

SILVA, Vasco Pereira da

- *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1996.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de

- *Direito Administrativo Geral, Tomo I*, 3.<sup>a</sup> Ed., Lisboa, Dom Quixote, 2008.
- *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, 2.<sup>a</sup> Ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009.

STARLING, Felipe Moreira dos Santos

- *O Significado da Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.

TELLES, Inocência Galvão

- *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

TORGAL, Lino

- “Concessão de Obras Públicas e Ajuste Direto”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010.
- “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, N.º 1, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2011.

TORGAL, Lino; GERALDES, João de Oliveira

- “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

TREUMER, Steen

- “Regulation of Contract Changes Leading to a Duty to Retender the Contract: The European Commission’s Proposals of December 2011”, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5 2012, Londres, Sweet & Maxwell, 2012.

VIANA, Cláudia

- *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

VIEIRA, Pedro Siza

- “Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviços Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 64, Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2007.

## **Jurisprudência Europeia**

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de outubro de 2000, *Comissão / França*, Processo C-337/98.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000, *Telaustria*, Processo C-324/98.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2004, *Comissão / CAS Succhi di Frutta SpA*, Processo C-496/99.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2008, *Pressetext*, Processo C-454/06.

## **Jurisprudência Nacional**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.06.2012 (Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2-2), SÉRGIO ALMEIDA, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.ª Secção, de 10.01.2013 (Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1), ORLANDO AFONSO, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 31.01.2013 (Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1), CONCEIÇÃO BUCHO, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 7.ª Secção, de 10.10.2013 (Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1), GRANJA DA FONSECA, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.05.2014 (Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1-8), ILÍDIO SACARRÃO MARTINS, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.05.2014 (Processo n.º 1097/12.6TBMGR.C1), ARTUR DIAS, disponível em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.09.2014 (Processo n.º 400/14.9YRLSB.L1-2), ONDINA CARMO ALVES, disponível em <http://www.dgsi.pt>.